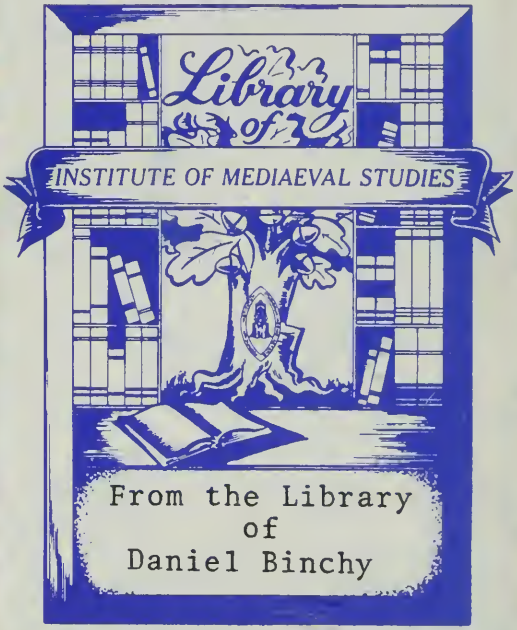
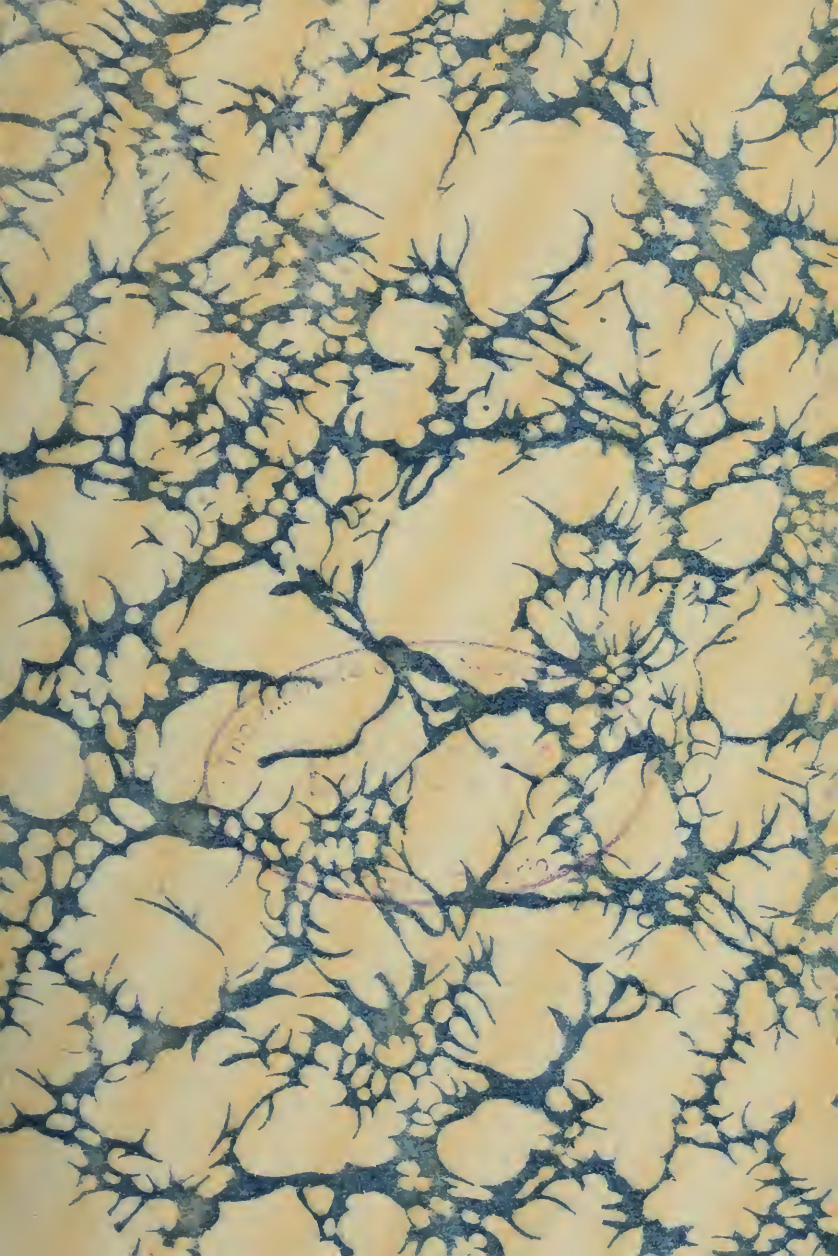
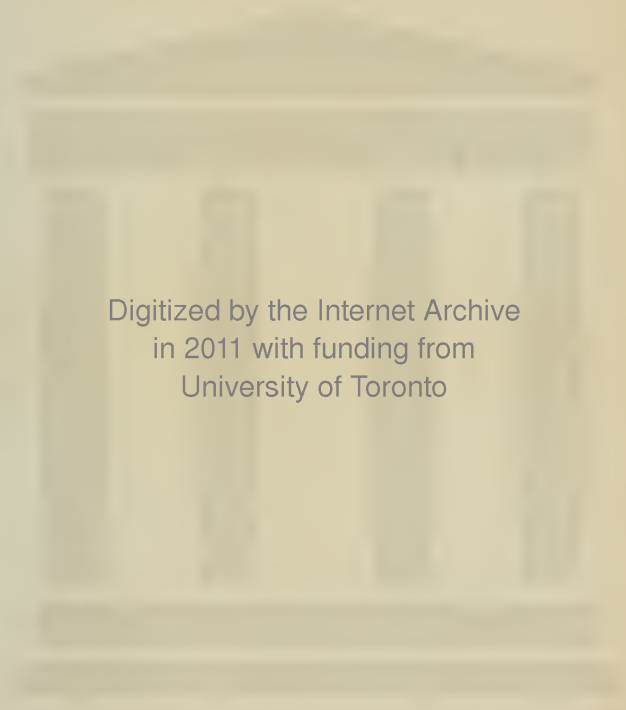

Library of
INSTITUTE OF MEDIAEVAL STUDIES
From the Library
of
Daniel Binchy





Digitized by the Internet Archive
in 2011 with funding from
University of Toronto

http://www.archive.org/details/manueldhistoired00bris

MANUEL D'HISTOIRE

DU

DROIT PRIVÉ

DU MÊME AUTEUR

Organisation militaire de l'empire romain. Traduit de Mommsen. 1 vol.

Le Culte chez les Romains. Traduit de Mommsen. 2 vol.

Histoire des sources du droit romain. Traduit de Krüger. 1 vol.

Un libéral au XII^e siècle : Claude Jolly (1607-1700). — Etudes de droit public. In-8°.

Principes de Droit public et constitutionnel de Orlando. Traduit sous la direction du professeur Brissaud. 1 vol.

TOULOUSE. — IMP. LAGARDE ET SEBILLE, RUE ROMIGUIÈRES, 2.

MANUEL D'HISTOIRE

DU

DROIT PRIVÉ

A L'USAGE

DES ÉTUDIANTS EN LICENCE ET EN DOCTORAT

PAR

J. BRISSAUD

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE TOULOUSE

Ouvrage couronné par l'Académie des Sciences morales et politiques

Prix Koënigswarter

PARIS

ANCIENNE LIBRAIRIE THORIN ET FILS

ALBERT FONTEMOING, ÉDITEUR

LIBRAIRE DES ÉCOLES FRANÇAISES D'ATHÈNES ET DE ROME

DE L'INSTITUT FRANÇAIS D'ARCHÉOLOGIE ORIENTALE DU CAIRE

DU COLLÈGE DE FRANCE ET DE L'ÉCOLE NORMALE SUPÉRIEURE

4, RUE LE GOFF, 4

1908

APR 9 1987.

TROISIÈME PARTIE

HISTOIRE DU DROIT PRIVÉ (1)

Évolution générale. — Le droit privé ne s'est dégagé qu'assez lentement du droit public avec lequel il se confondait presque autrefois. Ce qu'on demande aujourd'hui à l'Etat, le maintien de l'ordre, la sécurité individuelle, était jadis affaire de la famille. Avec la féodalité, la puissance publique passe entre les mains des seigneurs comme un attribut de leur droit de propriété, c'est-à-dire de la puissance privée; ce que le souverain a réussi à se réserver, est une portion de son domaine. Il fallut à la monarchie un long effort pour reconstituer la souveraineté

(1) Bibliographie. — Cf. ouvrages généraux cités plus haut, p. 17, documents dont il est question dans la partie consacrée aux Sources, Glossaires, Répertoires et ouvrages élémentaires (*Institution au droit français* d'Argou, etc.) auxquels il faut toujours se référer. Les abréviations que le défaut d'espace nous a imposées seront aisément comprises en se reportant aux *Sources de notre ancien droit.* Par exemple : Paris, *AC* ou *NC.*, 100 = art. 100 de l'Ancienne ou de la Nouvelle Coutume de Paris. *TAC.* ou *Gr. C. Norm.* = Très Ancien Coutumier ou Grand Coutumier de Normandie. *Gr. Cout.*, 50 = *Grand Coutumier de France*, p. 50 de l'édition Laboulaye et Dareste. *Bourg.*, 50 = Coutume de Bourgogne, 50, dans le recueil de Bourdot de Richebourg. *Ord.*, I, 1 = *Collection du Louvre ou Ordonnances des rois de la 3e race*, tome I, page 1. Loysel, 100 = *Institutes Coutumières* de Loysel, règle n° 100 de l'édit. Dupin et Laboulaye. Pothier, II, 29 = *Œuvres* de Pothier, éd. Bugnet, t. II, p. 29. Sagnac, 2 = Sagnac, *La législation civile de la Révolution française*, 1898, p. 2. Huber, IV, 5 = E. Huber, *System und Geschichte des schweizerischen Privatrechtes*, tome IV, page 5. En général, les chiffres arabes désignent la page; mais pour les Coutumes, ils visent l'article, par exemple : Paris, *NC*, 3 = art. 3 de la *NC* de Paris. Les chiffres romains suivis de chiffres arabes, ou même les chiffres arabes employés consécutivement désignent tantôt la tomaison, tantôt les divisions en livres ou chapitres : Beaumanoir, I, 1 = chapitre I, § 1. On fera la distinction sans peine en se reportant aux ouvrages cités.

et la distinguer de la puissance privée. En même temps, et grâce à cette évolution, se fit le mouvement vers l'égalité civile ; la condition privée dépendait beaucoup de la condition politique ; peu à peu les distinctions de classes s'atténuèrent ; la Révolution les abolit pour ne laisser subsister que des inégalités économiques, simple expression, dans la majorité des cas, des inégalités physiques ou intellectuelles.

C'est aussi grâce aux changements d'ordre politique et religieux, sous l'action des causes économiques, que se produisent à la fois l'émancipation de l'individu des liens de la famille et l'individualisation de la propriété. D'un état de guerres perpétuelles et de violences entraînant la sujétion de l'individu, — quelque chose comme l'état de siège, — on s'est acheminé vers un régime de paix et d'ordre intérieur, et, par suite, vers un régime de liberté. Le contre-coup de cette révolution se fait sentir dans toutes les branches du droit privé.

En dehors de ces répercussions logiques qui occupent une si grande place dans notre ancienne histoire juridique, on peut dire que le droit privé s'étend et se complique, s'élargit et s'affine. On réglemente des rapports restés longtemps étrangers au droit comme certains contrats et la possession. Les institutions voisines se différencient : ainsi de cette souche commune, la puissance domestique, se détachent la puissance maritale, la puissance paternelle, la puissance tutélaire ; crédit et garanties s'organisent en des formes diverses ; dispositions entre vifs, donations à cause de mort, pactes sur successions futures, actes de dernière volonté s'opposent les uns aux autres. La législation romaine mise en harmonie avec l'esprit du droit moderne, le droit canon et les idées chrétiennes, les conceptions d'équité et de droit naturel se mêlent au vieux fonds germanique dans les coutumes, les lois, la jurisprudence et la doctrine, pour parfaire l'œuvre considérable de notre ancien droit privé.

CHAPITRE PREMIER.

LA FAMILLE (1).

1. — **Notions générales.** — A la suite des invasions, la famille barbare apparaît sous deux aspects : A) sous celui de la *Parenté* ou *Lignage*, vaste cercle embrassant tous les parents,

(1) Bibl. dans Viollet, 384. Glasson, 1, 104; 2, 37; 3, 1; 7, 141 (au début de chaque vol.). — Ci-dessus, p. 419. — Post, *Grund. d. ethnol. Jurisprud.*, II, 53. — Dareste, *Etudes. passim.* — Laboulaye, *Rech. s. la condition des femmes*, 1843. — Kœnigswarter, *Hist. de l'organisation de la famille en France*, 1851. — P. Gide, *Et. s. la condit. privée de la femme*, 1867 (2e éd., 1885, par Esmein). — Beaune, *La cond. des personnes*, 421. — Cauvet, *Org. de la famille d'après la Cout. de Norm.* — R. Wolowski, 1847. — Huc, *R. crit. de lég.*, 9, 224 (*Infl. du dr. canon*). — Vanderkindere, *Cond. de la femme et mariage* (*Acad. Belg.*, 8, 15, 851). — Van Wetter, *Le dr. rom. et le dr. germ. dans la monarchie fr.* (*La Famille*, 1899). — Starcke, *La famille dans les div. sociétés*, 1899. — Baudry-Lacantinerie et Houcques-Fourcade, *Traité de dr. civil*, t. I et II. — Galy, *La famille d'ap. Grég. de Tours*, thèse. 1902. Révilland, Cours de droit égyptien, 1902.

Législation étrangère. — Wackernagel, *Klein. Schrift.*, 1872. — Heusler, *Inst.*, II, 271. — Brunner, I, § 12, 28. — Schrœder, § 11; 35, 5; 61, 4. — Stobbe, IV, 1. — Huber, § 121. — Schupfer, *La famiglia pr. i Longobardi* (*Arch. giur.*, 1868). — Devilla, *Elemento romano. german. n. dir. familiare.* — Villari, *Fam. e Stato*, 1868. — Niutta, *Stor. d. dir. d. famiglia*, 1871. — Salvioli, § 168. — Pertile, § 107. — Pollock et Maitland, II, 362. — Moret y Prendergast, *La familia foral*, 1863. — Vinogradoff, *Geschlecht u. Verwandt. im altnorw. R. Z. f. social u. Wirthsch.*, 1899. — *ZVR*, 1900, 14, 149. — Kier, *Edictus Rotari*, 1899, et Ficker, *Milth. Inst. œst.*, 1901. — *NRH*, 1898, 33 (La famille homérique et la famille celtique). — Besson, *Bull. Soc. lég. comp.*, 1894, p. 276 (famille kabyle).

Mœurs. — Allemagne : Weinhold, *Deutsche Frauen*, 1882 (2e éd.). Grimm, *RA* (éd. Heusler, 1899). — France : Franklin, *Vie privée*, 1888. Guibert, *La famille limousine*, 1883. Mathieu, *La fam. des Cévennes*, 1885. Frain, *Mœurs des fam. bretonnes*, 1887. De Ribbe, *La vie de famille*, 1876; *Une famille au XVIe s.*, 1879; *au XVe s.*, 1894; *Les familles et la société en France*, 4e éd., 1899; *La société provençale*, 1898. Batcave, *Réf. soc.*, 1893 (Béarn); Ardant, *ibid.*, 1898 (f. jougo-slave). Bertin, *Les mariages dans l'anc. soc. fr.*, 1879. Du Bled, *La soc. fr, du XVIe s.*, 1900.

constituant une association dont les membres unis par une étroite solidarité, doivent se défendre, s'aider les uns les autres en toute circonstance ; B) sous celui de la *Maison*, *domus*, *mesnie*, groupe moins étendu ne comprenant que les parents les plus proches, ceux qui habitent ensemble. La *Parenté* est une confédération de *mesnies*.

2. — La **Parenté** s'étend aussi loin que les liens du sang sont reconnaissables. Dans le système patriarcal pur, elle ne devrait comprendre que les parents par les mâles ou agnats, et non les parents par les femmes ou cognats. Mais dès l'époque de Tacite, des restes du matriarcat donnent aux simples cognats une place à côté des agnats ; de même dans la Loi Salique (1). En règle générale, cependant, il est vrai de dire que la parenté agnatique est seule prise en considération (2). Les parents par l'épée, par la lance (*Schwertmagen*, *Speermagen*), s'opposent aux parents par la quenouille, par le fuseau (*Spillmagen*, *Kunkelmagen*) (3) ; il y a là comme deux cercles distincts dont le second se rapproche de plus en plus du premier. La proximité de la parenté se calcule non par le nombre des générations comme en droit romain, mais par des procédés plus grossiers, en comparant la famille au corps humain et en logeant les parents dans chaque articulation. On retrouvera ce système plus loin, à propos des empêchements au mariage et des successions (4).

Les effets de la parenté étaient : 1° la solidarité dans la vengeance des délits commis contre un de ses membres et dans la responsabilité de ceux qu'ils commettaient contre des tiers (5) ; 2° l'obligation à l'assistance en justice (cojureurs) ; 3° le droit à la succession (6) et au retrait ; 4° le droit et l'obligation à la tutelle

(1) Tacite, *Germ.*, 20. Ci-après, *Successions*, etc. Brunner, I, 81. Ficker, *op. cit.*

(2) Lefebvre, *Hist. du dr. matrim. fr.*, II, 315.

(3) Rosin, *Schwertm. i. Rechtsbüch.*, 1877. Stutz, *Verwandschaft. d. Sachsensp.*, p. 7. Heusler, § 130.

(4) Ci-après. Cf. Viollet, 392 (bibl.). Morgan, *Syst. of sanguinity*, 1871.

(5) Brunner, *Sippe u. Wergeld* (ZSS. *GA*, 16).

(6) L'obligation alimentaire restreinte de nos jours aux très proches parents, devait s'étendre autrefois au cercle entier de la parenté. Ciccaglione, *Enciclop. giur. ital.*, v° *Alimenti*. Salvioli, p. 332. Pothier, VII, 25 : « La corruption des mœurs qui est toujours allée croissant et qui est parvenue à son comble, rend, à la honte de l'humanité, très fréquentes ces demandes qui étaient autrefois inouïes. » Merlin, v° *Aliments*. Henrys, IV 681. Z. *f. Privat. u. öff. R.*, 1893, 20, 481.

des mineurs et des femmes. Les droits et devoirs des parents allèrent s'atténuant à travers tout l'Ancien Régime, si bien que, de nos jours, ils sont réduits presque à rien et l'on a quelque peine à les justifier, les parents étant devenus presque des étrangers les uns pour les autres. Anciennement, au contraire, les hommes du lignage, toujours prêts à risquer leur vie et leur fortune les uns pour les autres, regardaient avec raison leurs droits comme la rançon et le dédommagement du lourd devoir d'aide qui pesait sur eux. C'est l'Etat qui, en assurant l'ordre public, a rendu inutiles ces associations de défense mutuelle et ruiné indirectement ces ligues de parents dont l'existence était parfois un danger pour lui. Les changements économiques n'ont pas été étrangers non plus à ce résultat. Il s'est produit très lentement et d'une manière insensible. Les parents n'ont pas eu à rompre formellement le pacte tacite qui les unissait. Autrefois, l'abandon de la famille était permis et réglementé par l'usage (1) ; peut-être même les parents avaient-ils la faculté de priver de leurs droits celui d'entre eux qu'ils considéraient comme indigne ou dont la conduite risquait d'engager leur responsabilité dans une trop forte mesure.

3. — La **maison** ou *mesnie* (2), la famille au sens étroit, est organisée sur le type patriarcal, presque militairement, comme l'exigeait l'état social si troublé d'autrefois, le manque de toute

(1) Sal., 60. Cf. *L. Henrici I.* c. 88 (*foris jurare parentelam et de ea se tollere*). En Hainaut, les parents de l'homicide le forjurent, c'est-à-dire déclarent renoncer à toute relation avec lui, afin d'échapper aux conséquences de la guerre privée. Cattier, *Evol. du dr. pénal germ.*, 1894, p. 135.

(2) Cf. droit des vallées pyrénéennes. La maison ou le foyer (*Lar*) passe au fils ou à la fille aînée (héritier ou héritière) à l'exclusion des autres parents ; il n'est pas rare que chaque famille ait son régime successoral particulier ; la maison où elle a son siège, est indivisible, inaliénable, inviolable ; les enfants (infirmes par exemple) ont tous le droit d'y vivre, ainsi que les oncles et les tantes non mariés. Les puinés passent dans une autre famille en se mariant avec des héritières ; de même les filles cadettes en épousant des héritiers. S'ils se mariaient entre eux (puinés ou puinées), ils formaient une famille nouvelle, sorte de colonie de la maison souche ; celle-ci était comme un centre qui attirait, à l'occasion, les biens de chacune de ces colonies, à l'exclusion des autres, Bayonne, éd. Balasque, II, 622. F. de Navarre, 2 et 4, 8. Fors de Béarn, *passim.* (Noguès), *Cout. de Barèges*, 1760 et 1789. Lagrèze, *La Navarre*, II, 211 ; *Le dr. dans les Pyrénées*, 1867. Cordier, *Rhdr.*, 1859, 257 ; 1868, 332. *Boletin de la Inst. libre de Enseñanza*, 1886, p. 54, 73 (Wenthworth-Webster). Ricaume, thèse, 1897. Maurel, 1900. Butel, *La vallée d'Ossau*, 1894. Flach, *Orig. de l'anc. Fr.*, II, 455.

sécurité, résultat des mœurs violentes et de la faiblesse ou de la négligence des pouvoirs publics. Telle est, du moins, la conception qui nous semble la plus exacte, quoique elle ait contre elle une opinion encore très répandue opposant « la famille germanique qui repose avant tout sur l'idée de protection à la famille romaine qui repose sur le principe d'autorité, » et une thèse plus récente d'après laquelle ces deux familles se distingueraient plutôt en ce que la première contiendrait des vestiges du matriarcat primitif (1). A nos yeux, le chef de la famille germanique diffère peu du *paterfamilias* romain ; il jouit d'un pouvoir à peu près illimité sur les personnes et sur les biens. Quiconque appartient à la maison lui est soumis (2) : sa femme, ses fils et ses filles, leurs femmes ou leurs maris, à plus forte raison leurs enfants, ses frères et sœurs vivant avec lui, sa mère, enfin la domesticité (3). Sur tous s'étendait la puissance domestique ou *mundium* (4), le droit patriarcal, qui était le même pour tous, mais qui s'exerçait cependant d'une manière

(1) Il se peut que la famille, après les invasions, ait conservé quelques traces du matriarcat (ci-après); mais ce sont des anomalies, partant des traits négligeables dans une esquisse comme la nôtre. A notre avis, le type patriarcal domine déjà du temps de Tacite. — Considérer la famille germanique comme reposant sur une idée de protection, c'est commettre un anachronisme et transporter dans le passé une conception relativement récente, due à l'influence du christianisme, aux changements dans l'état social et politique. Comme ces changements se sont effectués peu à peu et qu'ils ne sont établis que par des documents peu précis et incomplets, on n'a pas de peine à comprendre les divergences de vues entre historiens du droit. Glasson, III, 1. Meynial, *Le mar. ap. les Inv.*, 1898. Heusler, § 130. Simonnet, *Le mundium dans le dr. de famille germ.*, 1898. Parmi les auteurs anciens, cf. Kœnigswarter, Laboulaye, P. Gide. Pour apprécier le degré d'incertitude où l'on est réduit sur ces questions capitales, cf. Lefebvre, *Hist. du dr. matrim. fr.*, dont les idées (difficiles à résumer) s'écartent beaucoup de celles qui sont communément reçues : selon ce savant, d'une situation confuse, anarchique, inorganique, le christianisme tira une législation bien organisée sur la famille; c'est par la *direction chrétienne* que s'explique tout le droit matrimonial de l'époque barbare et du moyen âge; les origines germaniques sont peu de chose à côté. Il nous semble que M. Lefebvre donne une importance exagérée à l'un des facteurs de notre ancien droit, facteur dont nul ne conteste l'action. A en juger par les mœurs de la société féodale, si peu chrétiennes souvent, il est bien difficile de croire que la législation soit toute d'inspiration religieuse.

(2) C. de Barèges, 1670, art. 16 : le puiné s'appelle *esclau* = esclave.

(3) On peut y joindre les hommes libres comme les recommandés, les *vassi*. Thévenin, *Textes*, nos 26, 51, 144.

(4) Sur les mots de langue franque, cf. d'Arbois de Jubainville, *Etudes s. la langue des Francs à l'ép. mérov.*, 1900. Calmettes, *Bch.*, 1900.

différente suivant les personnes (1) ; la femme légitime était plus respectée s'il y avait des chances que ses parents prissent fait et cause pour elle ; les enfants, héritiers présomptifs, étaient mieux traités que les serviteurs ; de même, les frères, égaux en force au chef, et qui avaient le droit de s'éloigner ; la domesticité intérieure en contact incessant avec le maître se séparait à son tour des colons travaillant à distance sur des terres éloignées. Les germes de différenciation qui existaient déjà très anciennement se développèrent. La puissance privée du chef de famille décrut à mesure que grandit la puissance publique. L'Etat se fait le tuteur des personnes sans défense, clercs, veuves, orphelins, pauvres, étrangers. Qui n'a plus de famille trouve un protecteur dans le roi ; de même celui qui est délaissé par les siens. De cette fonction supplétive, l'Etat passe à un rôle plus actif : il contrôle et surveille l'exercice de la puissance domestique, il en réprime les abus (2). Comme il n'est pas de tyrannie comparable à celle qu'exerce le chef de famille sur les siens, tyrannie de chaque instant et sous les plus futiles prétextes, dès que l'Etat garantit l'ordre, l'émancipation de l'individu se produit d'elle-même. La domesticité libre prend la place de la domesticité serve. Parvenus à l'âge d'homme, les enfants s'affranchissent de la puissance paternelle ; ils n'y sont soumis pendant leur minorité que dans leur intérêt et nullement, comme par le passé, à raison de l'intérêt supérieur de la famille. La femme devient l'égale de l'homme, si elle n'est pas mariée, et lorsqu'elle l'est, son incapacité persiste, mais elle n'a plus sa raison d'être dans la constitution de la *domus*. elle tient au mariage, à la nécessité de la présence d'un chef dans le ménage ; encore la puissance maritale s'atténue-t-elle singulièrement. Ce cercle de personnes qui se trouvait pour ainsi dire hors de l'Etat, parce que l'Etat les ignorait, et qui n'appartenait qu'à la famille, finit donc par appartenir aussi à l'Etat, au même titre et aussi directement que le chef de famille. Dès lors, l'unité de patrimoine que supposait la primitive *domus*, cesse d'exister en principe : la femme, les enfants, *a fortiori* les autres membres de la famille ont ou peuvent

(1) Aristote, *Polit.*, I, 5. Bodin, *Répub.*, I, 2.

(2) A l'époque révolutionnaire, par un curieux phénomène de régression, les procès de famille sont distraits des juridictions de droit commun.

avoir des biens à eux, distincts de ceux qui sont entre les mains du chef. Il se rencontre des états de transition, tels que ces communautés entre frères où, grâce à l'indivision des biens, la maison semble subsister comme sous un chef unique. Mais, même abstraction faite de ces institutions, l'idée du maintien du patrimoine familial, de la conservation des biens dans la famille dura autant que l'ancien droit (théorie des propres) (1).

§ 1er. — *Le Mariage* (2). — *Législation et Juridiction.*

1. — **Le mariage après les Invasions.** — Le mariage, dans l'ancien droit français, est passé par trois phases correspondant à peu près à l'époque barbare, à l'époque féodale et à l'époque monarchique. Les coutumes germaniques et le droit romain se mêlent, à l'époque barbare, en un courant assez confus (3) auquel se joignent des prescriptions imaginées par l'Eglise. Dès l'époque romaine, le droit canonique était en voie de formation, les empereurs s'en étaient inspirés dans leurs constitutions et les capitulaires lui firent de nombreux emprunts. La législation civile reçoit de plus en plus l'empreinte des idées chrétiennes. En théorie, cependant, comme sous l'empire romain, la législation du mariage et le jugement des questions matrimoniales appartiennent toujours à l'Etat (4). L'Eglise n'a pas encore de

(1) Verdelet, *Du bien de famille en Allemagne*, 1900.

(2) Bibl. ci-dessus, Famille. Traités ou Dictionnaires de droit canon et de théologie. — Moy, *Gesch. d. Eher.*, 1833. — Gœschl, *Hist Darstell. d. Kirchl. Ehegesetze*, 1865. — Scheurl, *Entwick. d. Kirchl. Eheschl.*, 1877; *Z. f. Kirchenr.*, XV, 65. — Freisen*, *Gesch. d. Kan. Eherechts*, 1888 (2e éd., 1893). — Wyss, *Z. f. schweiz. R.*, 20, 1, 85 (Suisse). — Salis, *Z. Gesch. d. Eher. in Graubünden*, 1886. — Esmein* *Le mariage en dr. canon*, 1891. — Lefebvre, *Leçons d'introd. à l'hist. du dr. matrimonial fr.*, 1er fasc., 1899; 2e fasc., 1900. — Cf. T. Rothe, *Tr. de dr. naturel*, t. II, 1894. Dessaulles, *Erreurs de l'Eglise s. le mar.*, 1894. — Bridel, *Le dr. des femmes*, 1893. — *Arch. giur.*, 61, 142. — Hoang, *Le mar. chinois*, 1899. — Magavorian, *La famille et le mar. arménien*, 1894. — E.-A. Schröder, *Recht in geschlecht. Ordn.*, 1893. Ficker, *Erbenf.*, III, 393.

(3) Meynial, *Le mar. ap. les Invasions* (*NRH*, 1898). Lefebvre, *op. cit.*, fait aussi avec raison une grande place au droit du Bas-Empire. *Wis.*, III et IV.

(4) Capit. Compiègne, Verberie : le légat du pape dit : *hoc ecclesia non recipit.* Edit. de Pistes, 30, 31 (mariages d'esclaves). — Sur la Juridiction

législation générale sur le mariage ; elle se réfère au droit civil et y superpose ses règles, se bornant à frapper de pénitences les fidèles qui ne les respectent point (1). Le mariage, sur le sort et les effets duquel se prononcent encore les juges civils, est toujours un acte privé, un pacte entre deux familles où l'on cherche surtout à éviter les mésalliances, où la volonté des époux n'est pas toujours prise en considération et dont la rupture est possible par le divorce.

2. — **L'Eglise et le mariage religieux** (2). — Au dixième siècle (3), l'Eglise profite de l'anarchie féodale pour réserver à ses tribunaux la connaissance exclusive des questions de mariage (4). Sa **législation** (5) se complète par des emprunts au

séculière, cf. *Bai.*, 7, 1. *Alam.*, 39. Concile de Tours, 567, c. 15. Rozière, *Form.*, 113. Ni les Fausses Décrétales, ni Réginon (906) n'attribuent de compétence exclusive à l'Eglise.

(1) Cf. ci-dessus, p. 138. Le pouvoir séculier intervenait quand l'Eglise était impuissante. Edit. de Childeb., 596, c. 2. *Cap.*, 802, c. 33, 35; 826, c. 13; 829, c. 3. *F. Capit.*, 5, 9. L'Eglise est l'auxiliaire du pouvoir civil. Il ne faut pas conclure de ces textes que son action disciplinaire eut pour effet de déposséder l'Etat de ses droits Anség., I, 104. Ed. Pistes, 864.

(2) Sanchez, *De matrimonio*, 1607. Gibert, *Trad. de l'Eglise s. le mar.*, 1725. Le Semelier, *Conf. ecclés s. le mar.*, 1728. Schulte, *Handb. d. Kathol. Eher.*, 1855 (tr. it. De Giorgi, 1857). Roskovany, *Matrimon. in eccles. cathol. potest. eccles. subject.*, 1870. Zhisman, *Eher. d. oriental. Kirche*, 1864. Horoy, *Tr. du mariage*, 1886. Gasparri, *Tr. canon. de matrim.*, 1891. Bassibey, *Le mar. dev. les trib. ecclés.*, 1899 (t. XII du *Cours de dr. canon* de Duballet) Périès, *Code de procéd. canon. d. les causes matrim.*, 1893. — Ci-après, bibl. sur l'époque monarchique. Maitland, *Roman Canon Law in the Church of Engl.*, 1898.

(3) Date discutée; dans les écrits d'Hincmar, le droit exclusif de l'Eglise n'est point reconnu. Conc. de Tribur, 895, 39, **X**, 4, 1, 1 Sohm, *Z. f. Kirchenr.*, 1870, p. 193. Dove, *De jurisd. eccl.*, 1855. Friedberg, *De fin. int. Eccl. et civit.*, 1861.

(4) Orient : *Nomocanones* (combinaison de lois civiles et de canons de l'Eglise); l'empereur, juge souverain, accorde des dispenses; les tribunaux qui se prononcent sur les causes matrimoniales sont composés moitié de laïques, moitié d'ecclésiastiques; Bulle d'or d'Alexis Comnène, 1086, abandonnant aux évêques les causes matrimoniales. Cf. sur la Russie, Esmein, I, 27. Mitrovits, *Die Kormtschayakniga*, 1898 (*NRH*, 1899, 760).

(5) Gratien, 2e partie, **C** 27 à 33, q. 3; **C.** 33, q. 4 à **C.** 36. **X**, 4 (*de sponsalibus et matrimoniis*). Trad. et notes dans *Jostice*, X. Conc. de Trente, sess. 24, Zdekauer, *La confessione di legge nei patti dotali di Firenze* (*R. ital. p. le scienze giurid.*, III 1887, p. 237) publie le chapitre sur le mariage de Rainier de Pérouse, *De contractibus judiciis et voluntatibus ultimis.* Wunderlich, *Tancredi Summade matr.*, 1841. Ci-dessus, p. 145. Freisen, XIII. Maitland, *Vacarii Summ. d. matr.* (*Law Quart. R.*, 13, 133). Ass. de J., *C. d. B.*, 107. *Siete Part.*, IVe P. Durand, *Specul.*, 4, 4.

droit romain, aux coutumes germaniques et même au droit juif (1). Non contente d'assigner pour but au mariage la naissance des enfants et la vie en commun à l'effet de se prêter une mutuelle assistance, elle fit reposer surtout son droit matrimonial sur deux idées fondamentales (2) : *a*) le mariage est un remède à l'incontinence (3); *b*) c'est un sacrement, un acte religieux, qui symbolise l'union du Christ et de l'Eglise (4). De cette conception très idéaliste en un sens, très terre à terre en un autre, l'Eglise tira ses idées directrices au sujet de la célébration du mariage, des conditions ou empêchements apportés à sa formation, de ses effets et de sa dissolution. Elle donna à l'Europe une loi matrimoniale uniforme, et on doit aussi lui rendre cette justice qu' « elle moralisa l'union conjugale, protégea la faiblesse de la femme, » sans énerver l'autorité du mari, eut le souci des enfants et l'imposa aux époux s'ils venaient à l'oublier pour lui préférer leurs convenances personnelles ou leurs caprices. C'est elle, en somme, qui a fondé la

(1) Rabbinoviez, *Législ. civile du Talmud*, 1880. L. de Compiègne de Veille, *Hebraeorum de connubiis*, 1673. L. de Modène, *Cérém. et Coutumes... parmi les Juifs*, tr. Simonville, 1710. Ewald, *Alterh. d. Volk. Israel*, 1866. Dareste, *Etudes*, p. 18. Duschak, *Mos. Talmud. Eherecht*, 1864, Pavly, *Code du Jud.*, 1896.

(2) Friedberg, *R. d. Eheschl.*, 142, 546. Freisen, 29. Esmein, I, 63; II, 122, 151. P. Lombard, *Sent.*, Pars. IV, Dist. 25 (t. VII des *Op. S. Thomae*, 1612). Saint Bonaventure, *Sent.*, IV, 27 (*Op.*, 1681). *Summa Hostiensis*, 1568, p. 284. Panorm., *in Decretal.*, éd. 1547, t. VII. Felin. Sandeus, *in Decretal.*, éd. 1529, t. III, *de Spons.* Sanchez, van Espen, etc. Téphany, *Expos. du dr. canon.*, 1891. Schuitzer, *Kathol. Eherecht*, 1898. Hinschius, etc.

(3) Paul, 1 Cor., VII, 2, 9 (cf. 1 Tim., V, 14) : *propter fornicationem unus quisque suam uxorem habeat et unaquaeque suum virum...: quod si non continent, nubant, melius est nubere quam uri.* Cf. *ad Eph.*, 5. Dans les idées chrétiennes, l'union sexuelle a quelque chose d'impur, et la continence est un état supérieur au mariage. — Cf. défaveur du célibat dans les anciennes législations; au moyen âge, privilèges aux gens mariés, à ceux qui ont beaucoup d'enfants. Salvioli, n° 180. Sous la monarchie, privilèges aux gens mariés avant 25 ans, aux pères de famille ayant 10 à 12 enfants (1666; Isamb., 18, 90; 1667, id., 190). Trente, sess., 24, c. 10. *Secus*, Protestnats, Genèse, II, 18.

(4) Paul, *ad Eph.*, V, 32 : *Sacramentum hoc magnum est.* Le grec μυστήριον peut-il s'entendre d'un sacrement au sens technique? Lämmer, *Sacr. d. Ehe*, 1858, Hahn, *Lehre v. d. Sacram.*, 1864, Freisen, 29. Viollet, p. 395, n. 1, cite de Smedt, *Principes de critique histor.*, p. 111, sur saint Augustin, *de bono conjug.*, 18, 21 (cf. ci-après, Divorce), et quelques passages importants de Tertullien sur la primitive conception chrétienne du mariage : *ad uxor.*, 2, 9; *de pudic.*, 4; *de monog.*, 11. — Sur le sens de *sacramentum*, cf. *Acad. Inscr.*, 1er mars 1901.

famille moderne. Mais sa législation n'est point parfaite; il y aurait des réserves à faire, en particulier, sur sa répugnante casuistique, sur ce nombre excessif d'empêchements qu'elle a imaginés, sur l'intransigeance dont elle a fait preuve en matière de divorce. Sa **juridiction** (1), qui ne portait, à l'origine, que sur l'existence du sacrement, du lien (*foedus matrimonii*), s'étendit aux accessoires (2) : adultère, légitimité des enfants, séparation de corps (et de biens), conventions matrimoniales (dot, douaire).

3. — **Le mariage civil.** — La Réforme ébranla l'autorité de l'Eglise en matière de mariage; elle cessa d'y voir un sacrement (3), et, tout en conservant dans son ensemble la législation canonique, elle en modifia beaucoup de dispositions par voie d'interprétation ou même en les corrigeant. Dans certains pays catholiques (4), en France notamment, les droits de l'Eglise subirent une atteinte profonde par l'effet du déclin de son autorité devant les progrès de l'absolutisme monarchique (5). Législation et juridiction lui échappèrent presque complètement ou, du moins, elle fut réduite à cette action disciplinaire sur les fidèles qui lui appartenait à l'époque romaine, qui lui appartient encore aujourd'hui et qui n'est guère de nature à éveiller la défiance de l'Etat. Le point de départ de cette remarquable évolution fut dans une théorie théologico-juridique dont saint Thomas d'Aquin a peut-être donné le premier la formule (6);

(1) (Lesurre), *Jurid. de l'Eglise s. le c. de mar.*, 1823.

(2) Concurrence des tribunaux séculiers : légitimité (à propos d'une succession féodale), conventions matrimoniales. Beaum., 18, 1; 13, 3, 9, 10. Cf. Conférence de Vincennes. P. Pithou. *Roisin*, p. 373, Saint Thomas, *l. infra cit.*, p. 1010. Siciliano, *Giurisd. eccles.*, 1896.

(3) Luther, *Von Ehesachen*, 1530; *Tischreden*, *pass.* Calvin, *Inst.*, 4, 19. Strampff, *Luther üd. die Ehe*, 1857. Friedberg, *R. d. Eheschl.*, 153, Scheurl, *Abhandl.*, 437. Néanmoins, le mariage civil n'apparaît qu'un moment en Angleterre, sous Cromwel; en Hollande, il est facultatif depuis 1580.

(4) L'Eglise garde ses droits en Italie, en Espagne, mais non en Autriche et en France. Huszar, *De potest. Eccles. circa matr.*, 1900.

(5) Launoy, *Regia in matrim. potestas*, 1674. Gerbais. *Pouv. de l'Eglise et des princes s. les empêch. de mar.*, 1690 (Boileau), *Empêch. du mar.*, 1691. (Mautrot), *Véritable nature du mar.*, 1788. (Le Ridant), *Deux quest. s. le mar.*, 1753. (Dufour), *Dr. des souv. s. les empêch. dir.*, 1787. *Rel. de la contest. él. dans l'Univ. de Louvain*, 1785. (Lorry), *Rech. s. le mar.*, 1760. Vantroys, *Th.*, p. 3.

(6) Somme c. les Gentils, l. 4, c. 78 : *In quantum ordinatur ad bonum naturae quod est perpetuitas speciei, dirigitur in finem a natura incti, nante in hunc finem. In quantum vero ordinatur ad bonum politicum-*

d'après elle, le mariage pourrait être envisagé à la fois : 1° comme un contrat de droit naturel (emprunt aux textes romains qui entendent par là le droit commun aux hommes et aux animaux); 2° un contrat civil, c'est-à-dire régi par le droit romain, tel qu'il était organisé tant que l'Eglise n'avait pas le monopole des questions de mariage ; 3° un sacrement dont le contrat était la *matière* et qui ne pouvait exister sans lui. Le mariage civil et le mariage religieux se séparent dans cette analyse, tandis qu'anciennement on ne les distinguait pas. Ces spéculations, sans grande portée tant qu'elles restèrent enfermées dans l'Ecole, se propagèrent, au seizième siècle, à la faveur de la Renaissance et de la Réforme; elles furent présentées au Concile de Trente par plus de vingt prélats ou théologiens, et, chose plus grave, les juristes s'en emparèrent pour s'en faire une arme contre l'Eglise (1). Ils en conclurent que le mariage devait être soumis à l'Eglise en tant que sacrement, à l'Etat en tant que contrat civil. A chacune de ces deux puissances son domaine; bonne solution si l'on savait où s'arrête l'un, où commence l'autre. Théologiens et juristes se disputèrent avec acharnement une large part de terrain, et la bataille, très vive du temps de Pothier, dure encore (2). Mais, à tort ou à raison, les rois n'hésitèrent pas, dès le seizième siècle, à légiférer sur le mariage en créant des empêchements (3).

4. — **Législation et jurisprudence de l'époque monarchique.** — D'une manière générale, l'Etat emprunta à l'Eglise sa législation (4); il l'adopta et la fit sienne non point en vertu

subjacet ordonationi civilis legis. In quantum autem ordinatur ad bonum ecclesiæ, oportet quod subjaceat regimini ecclesiastico. Cf. *Summa theol.*, III, add. 41.

(1) Parlementaires et Gallicans, 2e moitié du dix-septième siècle. V. surtout Launoy, *op. cit.*, dans *Opera*, 1731, I, 2 Le Ridant, etc. (Maultrot), *Ex. des principes du Pastoral de Paris s. le contrat de m.* (1788). Boyer, *Examen du pouv. législ. de l'Eglise s. le mariage*, 1817. Les ultramontains, comme Bellarmin, n'admettaient pas que le contrat civil fut distinct du sacrement. Tabaraud, *Principes sur la dist. entre le contrat et le sacr.*, 1825. Pie IX, dans le *Syllabus*, 65, s., condamne les opinions contraires à cette doctrine.

(2) Encycl. de Léon XIII, 8 février 1880. Cf. Trente, s. 24. c. 3-12.

(3) Par exemple, prohibition de mariage entre les blancs et les gens de couleur (1778; Isamb., XXV, 257). Les militaires ne peuvent se marier sans la permission du roi (1788; Isamb., XXVIII, 596). Isamb. XXI, 319; 121. Prohibition des mariages à l'étranger. *Ib.*, 19, 370, 510. Cf. D. 8 mars 1793.

(4) Le Ridant, *Code matrimonial* (textes), éd. 1770 (bibl.). Du Perray, *Tr.*

d'une loi générale, mais par voie jurisprudentielle, et il fut entendu que les innovations canoniques ne seraient pas appliquées par les tribunaux français si elles n'étaient pas promulguées comme lois de l'Etat ; ainsi les décrets du Concile de Trente relatifs au mariage ne furent pas reçus en bloc, mais les dispositions les plus importantes furent promulguées et sanctionnées dans les Ordonnances royales (1). Sans contester à l'Eglise sa juridiction, pas plus qu'on ne lui déniait le pouvoir de légiférer, on en vint à la priver de la connaissance de la plupart des questions matrimoniales. Aux tribunaux de l'Etat revinrent les litiges sur lesquels ils n'avaient jamais perdu tout droit : régime des biens entre époux, séparation de biens, légitimité des enfants, adultère (2). Quant au mariage lui-même, les juges séculiers se saisirent des difficultés qu'il soulevait toutes les fois que le sacrement n'était pas en jeu ; la séparation de corps, dit Pothier, ne touche pas au lien du mariage, puisque ce lien subsiste ; question de police que la réintégration du domicile conjugal par la femme, et partant du ressort de l'Etat ; questions de fait que l'impuberté ; délits punis par les Ordonnances que le rapt, la clandestinité, la bigamie! Ils arrivèrent ainsi à annuler, non pas le sacrement, mais le contrat, sans lequel le sacrement ne pouvait exister. Pour le peu qui restait aux officialités, questions de *fœdere matrimonii*, l'appel comme d'abus permit de soumettre aux Parlements les sentences des officialités et les actes de l'autorité ecclésiastique (3). Les Cours d'Eglise se trouvèrent ainsi délaissées et, dans les cas assez rares où l'on s'adressait à elles, leurs décisions furent subordonnées au bon vouloir des juges royaux. En 1789, leur compétence était purement théorique.

5. — Le **Droit révolutionnaire** (4) n'avait guère qu'à com-

du contr. de mar., 1741 ; éd. Sérieux, 1761. Pothier, 1768. Horry, 1750. Astruc, 1758 Répertoires : Ferrière, Guyot, etc., v° *Mariage*, etc. Launay, *Instit.* et c. Basdevant, thèse, 1900. Glasson, *Acad. sc. mor.*, 1900, 32. Ci-dessus, p. 147.

(1) (Maultrot), *Examen des décr. du Conc. de Trente et de la jurispr. fr. en mat. de mar.*, 1788.

(2) Viollet, p. 399, n. 2, cite Chenu, *Statuta judicior. ecclesiastic.* (Concile gallic. de 1606), 1621. Beaulemps-Beaupré, *Coul. de l'Anjou*, I, 52.

(3) Pothier, n° 350. Doc. de 1712, cit. p. Duvergier, *Et. de lég.*, p. 37. Les Parlements connaissent des cas de nullité, peuvent exiger que le curé donne la bénédiction nuptiale aux parties. Houard, *Dict. de dr. norm.*, I, 337.

(4) Perreau, *Elém. de législ. naturelle*, an IX. Viollet, p 398, n. 1, cite

pléter la législation monarchique en partant du principe nouveau de la liberté de conscience. Comme la logique et la tolérance le voulaient, le mariage civil fut organisé par l'Etat indépendamment de la confession religieuse à laquelle les époux appartenaient, et, si l'on peut dire ainsi, parallèlement au mariage religieux. Laissant l'Eglise ou plutôt les Eglises libres d'imposer à leurs fidèles les conditions ou les formes qu'il leur plairait (1), l'Etat se borna à ne pas reconnaître le mariage en dehors des règles qu'il avait établies (2).

§ 2. — *Fiançailles* (3).

1. — **Epoque barbare.** — Les fiançailles (ou promesse de mariage), d'usage constant, semble-t-il, dans l'ancien **droit romain** (4), acquirent une importance particulière sous le Bas-Empire (5) avec la pratique très répandue de la donation *ante nuptias*. Elles étaient accompagnées de la remise d'arrhes, d'un anneau (6), scellées d'un baiser (7) (*osculo interve-*

un petit Code du mariage qui fut l'œuvre de l'Eglise constitutionnelle (*Collection des pièces impr. p. ordre du Concile national*, 1797) et qui s'éloigne de la législ. civ. Nougarède, *Lég. s. le mar.*, an X; *Hist. des lois s. le mar.*, 1803

(1) La cérémonie religieuse pouvait-elle précéder le mariage civil? Les Art. org., 18 germ. an X, 3, 54, le défendent.

(2) Bassibey, *op. cit*,. 1899 (Procédure). Périès, *Le canoniste*, 1892.

(3) Manuels de dr. canon et la bibl. (p. ex. Scherer, § 112; Lämmer, § 125). — Trivigiani, *De privil. spons.*, 1598. Rosignoli. *De spons.*, 1684. Pottier de Mancourt, *De spons.* — Pardessus, *L. Sal.*, Diss. 13. Gengler, *KVJ.*, 15, 354. Friedberg, *Recht der Eheschliessung*, 1865. Sohm, *id.*, 1875. Friedberg, *Verlobung u. Trauung*, 1875. Sohm, *Trauung u. Verlobung*, 1875. Habicht, *Altdeutsch. Verlob.*, 1879. Sehling, *Untersch. d. Verlöb. i. Kanon. R.*, 1887; *Z. f. Kirch.*, 1892, 252. Scherer, *Eher. b. Ben. Levita*, 1879. Lehmann, *Verlob. u. Hochzeit n. nordgerm. R.*, 1882. Amira, *Nordgerm. Oblig.*, p. 318, 533; *Recht*, p. 155. Hörmann, *Dispons. impub.*, 1891. Giraud, *R. crit. de législ.*, 1888. Colin, these, 1889. Dubois, id., 1897. Ciccaglione, *Sponsali*, 1888 (*Encicl. giur. ital.*). *Rhdr.*, 13, 549 (Bourgogne). Stobbe, § 210. Freisen, *op. cit.* Esmein, I, 139. — Ci-après, Célébration du mariage, Douaire, etc. — Roche, *Essai s. les orig. des fianç.*, 1898. Heusler, § 131. Britz, p. 542.

(4) Et dans le droit hébraïque. Freisen, 206. Ci-dessus, p. 1009. Mayer, *Rechte d. Israelit.*, 1866. Frankel, *Mos. talmud. Eher.*, 1860.

(5) Meynial, *op. cit.* (effets depuis la l. Julia). Larocque, *Don entre fiancés*, 1898. Lefebvre, *op. cit.*

(6) Deloche, *Le port des anneaux* (*Mém. Ac. Inscr.*, 35). Kornmann, *De annulo triplici*, 1756 Cf. usages juifs. Bruns, *Fontes*, p. 390 (5e éd.). Hofmann. *Wien. Akad.*, 1870, 825. Chaisemartin, *Prov.*, p. 288.

(7) Usage chrétien. Tertullien, *de vel. virg.*, c. 2 (*de osculo sponsalitio*). Cf. Rivier, *Dr. de famille romain*, p. 135.

niente) (1). Si on venait à les rompre avant l'*osculum*, les dons à la fiancée devaient être restitués en entier; après l'*osculum*, elle en gardait la moitié. Elles étaient donc déjà comme la moitié du mariage (2).

Dans le droit germanique, le mariage se décompose en deux actes : 1° les *fiançailles*; 2° les *épousailles* ou mariage proprement dit (3). Les fiançailles (4) consistaient, chez les Germains comme chez beaucoup de peuples primitifs, dans l'achat (5) de la femme (6) à son père (ou à son *mundoaldus*) (7). Le prix était fixé par les parties (8), c'est-à-dire par les parents de sa fiancée et par le fiancé, assisté ou non des membres de la famille. Avec le temps, il s'établit un taux d'usage ou légal (9), comme pour le *wergeld*. La remise du prix était indispensable pour la formation des fiançailles : conformément à l'ancienne théorie des obligations, c'était un contrat *re* (10). Le fiancé traitait avec les parents de la femme, sans que celle-ci fût nécessairement consultée (11).

(1) Tamassia, *Osculum interveniens* (*R. stor. ital.*, 1885, II, 259). L'*oscle*, dans les documents du moyen-âge, signifie la donation elle-même. Girart de Roussillon, p. 8, 17, 35, éd. Meyer. Du Cange, *h. v°*. Ci-après, Augment de dot. Viollet, 421 : mentionné au dix-huitième siècle à Limoges. Touraine, 13. Lattes, *Dir. consuetud. lomb.*, 229.

(2) Constantin. Cod. Théod., 3, 5, 5. Cod. Just., 5, 3, 16. Esmein, *Mélanges*, p. 416. *Wis.*, 3, 1, 5. Fuero Viejo de Castille, 5, 1, 4.

(3) Cf. Vente romaine et tradition qui la suit.

(4) Ci-dessus, p. 427. Kœnigswarter, *Et. hist. s. le dével. de la soc.*, 1850, p. 19. Thévenin, *NRH*, 1880, 451. Schupfer, *Arch., giur.* 1868. Friedberg, § 153, n. 12. Beauchet, *Form. et dissol. du mar. d. le dr. islandais*, *NRH*, 1883. Marignan, *op. cit.* Grimm, *RA*, 421. Schmid, *Ges. de Angels.*, table, v° *Ehe*.

(5) Critique de cette idée par Lefebvre, II, 354. Meynial, p. 78, 90. Cf. ci-dessus, p. 427, et *Acad. lég. Toulouse*, 1900 (*Le mariage par achat*). Viollet, p. 403, 405 (cf. expression moderne : *donner sa fille en mariage*), 418. — *Burg.*, 42, 2, Esmein, *NRH*, 1899, 613. Chaisemartin, *Prov.*, p. 285.

(6) Ou du *mundium* sur la femme, suivant une formule qui ne diffère pas, au fond, de la nôtre, mais qui met en relief la différence entre les fiançailles et l'achat d'une esclave. *Alam.*, 54, 2, *Liut.*, 127 (*mundium facere ex ea*).

(7) Le mariage par rapt est encore exceptionnellement possible dans certaines lois barbares. *Sal.*, 13, 10. *Alam.*, 52, 51. *Burg.*, 11. *Add.*, 1, 14. *Saxon.*, 6. *Roth.*, 190. *Liupt.*, 119. *Bai.*, 8, 16. *Wis.*, 3, 1, 2. Dargun, *Muller.*, 1883, 21, 111. Ci-après, Mariage sans fiançailles. *ZVR*, 5, 334; 12, 129. Dans Gudrun, série d'enlèvements.

(8) *Burg.*, 34, 52. *Wis.*, 3, 4, 2. *Roth.*, 213. Val de Lièvre, *Launegild*, 1877, p. 18, 130, 212, 277.

(9) *Sax.*, VI (300 s.).

(10) *Wis*, 3, 4, 2 (*Ant.*) *Roth.*, 215. *Burg.*, 52, 3.

(11) De même dans l'ancien droit romain. *Vit. Salaberg.*, 6 : *parentes*...

De cette législation primitive on passa peu à peu (1) à un droit d'où les fiançailles ne disparurent point, mais se formèrent tout autrement. Le prix d'achat se dédoubla en deux parts : une faible somme remise, à titre symbolique, aux parents de la femme (sou et denier chez les Francs) (2), une dot constituée à la femme elle-même (3). Le consentement des parents, toujours nécessaire ne fut plus suffisant (4) ; celui de la femme fut également requis (5). Les rôles se renversèrent. La femme se fiança elle-même (6), les parents se bornant à l'autoriser. En même temps, le contrat, de *réel* qu'il était jadis, devint *formel* (7).

contra puellae voluntatem eam cuidam... in matrimonio tradiderunt. Bladé, *Contes pop. de la Gascogne*, III, 23 : Henri IV marie sa fille, la princesse Triste-Mine, sans la consulter ; par la suite, il rompt le mariage comme il l'a conclu. *Liutp*, 12, 19. Ci-après, Mariage sans fiançailles.

(1) L'évolution s'est faite plus ou moins vite, suivant les peuples ; elle n'a pas toujours été bien régulière. De là des difficultés dans le détail desquelles nous ne saurions entrer. Cf. ci-contre, Contrat de mariage.

(2) Mariage de Clovis. Frédégaire, 18, Junghans, *Hist. de Childerich et Clodovech*, p. 140 (trad. Monod). Greg. T., 9, 16. Rozière, *Form.*, 230 s. *Roth.*, 178. *Liutp.*, VI, 119. — Ce prix fictif s'appelle quelquefois *arrha*. Ci-après, p. 9, n. 3. Ex. de contrats de fiançailles, Thévenin, *Textes*, n°s 42, 48, 135. Ficker, *Forschungen*, IV, 458, 505. Prampero, *Matrim. e patti dotali. Doc. Friul. de sec. XIII*, 1887. Persistance, en droit suédois, de ces formes. Lehr. *Grande Encycl.*, v° *Mariage*. Dareste, Beauchet.

(3) Ci-contre, Contrat de mariage. Concile d'Arles, 524 : *nullum sine dote fiat conjugium.* Yves de Chartres, *Part.*, 8, c. 144. Labbe, *Conc.*, VIII, 633. Martene, *Thesaur.*, I, 142 B. Viollet, 356.

(4) *Form. Tur.*, 14 : *cum consensu parentum vel amicorum.* Lindenbr., 7. Rozière, 231. Cf. Dig., 2, 7, 11.

(5) *Roth.*, 182, 195. *Liut.*, 120. *Wis.*, 3, 3, 1, et 3, 1, 2 (défense aux parents de marier la femme contre son gré). Marculf., 2, 16, 29. Greg. T., *de vit. patr.*, 16, 20. Vie de sainte Berthe, D. Bouquet, III, 622. *Praecept. Chlot.*, 7 : que nul n'épouse une femme contrairement à sa volonté en invoquant l'*auctoritas regia*. *L. rom. Wis.*, Cod. Théod., 3, 10, 1. Lœning, 12, 581.

(6) Dans le roman de Perceforest, une jeune fille répond à celui qui lui demande son consentement : « Sire, *il* me plaît le bon plaisir de mes amis. » Duméril, *Etudes d'archéol.*, p. 40. TAC. Norm., 3 : *per cognatos et amicos fiunt sponsalia.* En Navarre, la fille peut refuser deux prétendants qui lui sont offerts par son père, mais elle est forcée d'accepter le troisième. Yanguas, *Dicc. de las antigued, de Navarra*, v° *Matrimonio*. Le Fuero Real, 4, 10, 8, défend au père de marier sa fille contre son gré. I. d'Ibelin, 171.

(7) Cf. cep. *NRH*, 1880, 459. Val de Lièvre, *Launegild*, 18 : 130 ; 239. Schupfer, 1, 116. — Dation d'anneau en guise d'arrhes. *Liutp.*, 5, 30 : *cum annulo subarrat.* Girart de Roussillon, p. 17. Remise de la *festuca*. Edit. Chilp., c. 7. Serment vrai ou simulé, *manualis porrectio* (*Sikirheit*). Ass. Jérus., *C. d. B.*, 162. *Reg. crim. du Châtelet*, I, 151. Cf. Contrats, et ci-dessus, p. 1012. — Sur l'anneau et les arrhes, Sohm, *Eheschl.*, 103, 162,

Sous l'influence romaine, l'usage s'introduisit de constater par écrit la constitution de dot par le mari au profit de la femme et, partant, les fiançailles dont elle était une clause (*libellus dotis*). La *carta* pouvait être alors à elle seule l'élément formel du contrat, mais jamais la rédaction d'un écrit n'est devenue une condition *sine qua non* de la formation de celle-ci (1).

Déjà, dans certaines lois barbares, on voit la femme passer ainsi au premier plan, quand il s'agit de contracter mariage. En dehors des considérations économiques qui seront indiquées plus loin, c'est aux mœurs romaines et aux idées chrétiennes (2) que ce changement doit être attribué.

2. — Quelle que soit leur forme, les fiançailles sont indispensables pour le mariage (3). Telle est leur importance, qu'on a

Friedberg, 26. Stobbe, *ZRG*, XIII, 228. Hofmann, *Wien. Akad.*, 1870, 834. Grimm, 177, 432. *Fragm. juris siculi*, éd. Merkel, 1856, p. 20 — Bourgogne : échange d'aliments, etc. — Remise des deniers dans la liturgie catholique (Rituels du moyen âge : le fiancé pose dans un plateau 13 deniers). Goncourt, *Hist. de Marie-Antoinette*, p. 22 : en 1770, Louis XVI, alors Dauphin, remet 13 pièces d'or à Marie-Antoinette avec son anneau. Même usage en Barrois, à Dijon, Bordeaux, d'après Viollet, 419, 3. Cf. *Etabl. de saint Louis*, 1, 247 : le chiffre de 13 n'est pas arbitraire : dans l'ancien système monétaire franc, 13 deniers équivalaient à 1 sou et 1 denier (ci-dessus, p. 86) : or, le mariage avait lieu par le sou et le denier. *Gr. Encycl.*, v° *Anneau*. Brandileone, *Z. f. Kirch.*, 1900, 311.

(1) *Rib.*, 37, 2. *Wis.*, 3, 1, 9. Cf. Conc. Arles, 524 : *nullum sine dote fiat conjugium*. En l'absence de la constitution de dot, le mariage dégénérait en concubinat Bruns, *Canon. Apost. et Conc.*, 1839, ne donne pas ce canon qu'on trouve dans Réginon, Yves, etc. Gratien, **D.**, 30, q. 5, c. 6 (éd. Richter).

(2) L'Église proclame le principe qu'à partir d'un certain âge, 15, 16 ou 17 ans, ne peut être *desponsata* sans sa volonté. Wasserschleben, *Bussordn.* ; Cap. Theod., c. 18; Pœnit. Theod., II, 12, 36. Conc. Compiègne, 757, c. VI. Ci-après.

(3) *Mariage sans fiançailles* préalables. Kohler, *Ehe mit u. ohne Mundium* (*ZVR*, 6, 321). Dargun, *Mutterrecht*, p. 23-43. Ci-après, Rapt, Consent. des parents. — A° Le père conservant le *mundium* sur la femme enlevée était autorisé à la reprendre à son mari, quoiqu'elle eût suivi volontairement, et par suite à rompre le mariage. Heusler, II, 277. Mais le mariage n'en existait pas moins, produisant certains de ses effets (répression de l'adultère de la femme, *Liutp.*, 139). Le mari n'acquiert pas le mundium ; la femme perd le droit de succéder à ses parents et ne peut jouir des droits des veuves. *Liutp.*, 5, 114, 119. *Wis.*, 3, 2, 8. *Thur.*, 47. *Roth.*, 188-218. *Liutp.*, 126. Si le ravisseur compose avec les parents, Zeumer, *Form.*, 277, le mariage est rétroactivement validé. *Burg.*, 12, 3; 34, 2; 52 s. (peines pécuniaires). Grég. Tours, 9, 33. — B° Dans le droit de seconde formation, nullité du mariage, illégitimité des enfants. Greg. Tur., 9, 33; *Alam.*, 54. *Bai.*, 8, 16 *Sal.*, 71, 1. *Wis.*, 3, 1, 2. Capitul., 3, 413. Schrœder, *Gesch. d. ehel. G.*, I, 8. — De cette union inférieure, vestige du mariage par rapt, rapprocher le

même pu prétendre que le mariage se ramenait aux fiançailles. Il est certain qu'elles entraînent plusieurs des **effets du mariage**. Le devoir de fidélité est le même entre fiancés et entre époux (1). De deux mariages consécutifs contractés par la même personne, le seul valable est celui dont les fiançailles sont antérieures (2). Mais ce sont là des conséquences pénales plutôt que civiles et d'où il ne faut pas conclure, par suite, que le mariage se réduise aux fiançailles (3); ce serait aller contre les faits les mieux établis. la *traditio puellae* ou les *nuptiae* se distinguant nettement des fiançailles et s'y ajoutant pour les compléter (4); il semble qu'elles consistaient dans une sorte de *deductio in domum mariti*, survivance du rapt primitif. Ni la nécessité de la vie commune au moins immédiatement, ni l'exercice du *mundium* ne résultaient des fiançailles; aussi était-il plus facile de les rompre que de dissoudre le mariage. Mais, en général, le fiancé avait le droit de contraindre les parents à lui remettre la fiancée. C'était une obligation rigoureuse pour eux,

mariage *sine manu* à Rome. Ci-contre, p. 1013, Enfants illégitimes. Glasson, 3, 19.

(1) Cf. Dig., 48, 5, 13, 3. Cod. Just., 9, 9, 7 (d'où il suit que c'est à la fiancée seule qu'il incombe). *Rothar*, 179 (mort de la fiancée adultère); cf. 189, 211 et suiv. *Wis.*, 3, 4, 2 (Ant.) : remise de la fiancée et de son complice au *sponsus* qui peut la châtier. — De ce que des peines sont prononcées contre la fiancée infidèle, comme contre la femme mariée, il ne suit pas que les fiançailles produisent tous les effets du mariage; ainsi le *pretium* n'est définitivement acquis que par le mariage. *Rothar.*, 216.

(2) Pardessus, p. 667. *Alam.*, 51, 52. *Bai.*, 7, 16. Ces textes établissent simplement des peines sévères contre les ravisseurs et frappent de nullité le mariage à la suite d'enlèvement.

(3) Controv. entre Sohm qui a mis en relief jusqu'à l'exagération l'importance des fiançailles, et Friedberg. Aux auteurs cités plus haut, joindre Kohler, *ZVR*, 3, 354. — Ci-après, Enfants de fiancés. Chaisemartin, p. 289.

(4) Mariage de Clovis. *Frédég.*, 18 et 20 : *sponsatio* par les *legati* de Clovis offrant le sou et le denier à Gondebaud; *traditio puellae* à ces *legati* au plaid de Châlons. *Tradere per baculum.* Thévenin, n° 135. *L. Rom. Cur*, 3, 1, 3. *Sal.*, 46 : mariage des veuves au *mallus*. Était-ce une pratique obligatoire pour le mariage ordinaire? Rien ne le prouve. Mariage de sainte Berthe (D. Bouquet, III, 622) : tradition publique, mais non au *mallus*. Marculf., 2, 15, 16. *Sal.*, 14, 6 : *puella quae druchte ducitur*, c'est-à-dire *per nuptiatores* (cf. *trustis*). Usages germaniques : *Brautfahrt*, *Brautlauf*. Grimm, p. 733. Dargun, *Mutterrecht*, p. 111-138. Schrörs, *Hinkmar v. Reims*, 1884, p. 212. Brandileone soutient (*Code dipl. langob.*, n. 74; *L. Rom. Chur.*, 3, 1, 3; *Form. s. Roth.*, 182, 195) qu'en Italie le mariage avait lieu en présence d'un officier public (*sculdasius, judex*, notaire). Cout. de Gaete (XVI^e^ s.): echange de consentement, *interrogante judice*, et le lendemain *interrogante sacerdote*. Savioli, 174.

comme c'en était une pour lui d'épouser celle qui lui avait été promise (1).

3. **Les fiançailles en droit canon.** — L'Eglise empruntant au droit romain la formule bien connue, *Nuptias non concubitus, sed consensus facit*, qui se trouvait en harmonie avec sa conception réaliste et mystique du mariage, le tint pour formé par le seul échange des consentements entre mari et femme. Dès lors, les fiançailles cessèrent d'être le préliminaire obligé du mariage et fréquemment se confondirent avec lui (2). Quand elles avaient lieu, on distinguait suivant que les époux avaient manifesté leur intention de se prendre pour mari et femme immédiatement ou seulement dans l'avenir (3) : *a*) au premier cas, les fiançailles dites par paroles de présent (**Sponsalia per verba de praesenti**) équivalaient au mariage, quoiqu'elles ne fussent entourées d'aucune publicité, accompagnées d'aucune cérémonie religieuse ; — *b*) les fiançailles dites par paroles de futur (**Sponsalia per verba de futuro**) ou simples promesses de mariage, obligeaient les fiancés à procéder au mariage et se transformaient en mariage par l'échange des consente-

(1) Une rupture injustifiée entraîne le paiement d'une composition, la perte des arrhes, la restitution du *pretium nuptiale*, le payement d'une clause pénale. Cf. répudiation ou divorce. *Burg.* 34. *Sal.*, 70. *Bai.*, 7, 15. *Alam.*, 53. *Roth.*, 179-192. *Liutp.*, 5, 30. Thévenin, *Textes*, n° 135. Greg. Tours, 4, 47; 9, 32; 10, 16. Sjögren, *Conventionalstrafe*, 1899. — Restitution de la meta au fiancé si la fiancé meurt avant le mariage, *Roth.*, 216; de la double *meta*, s'il y a faute de la part des parents de la fiancé. En cas de rapt d'une fiancée, le ravisseur doit une composition au fiancé et une autre à ses parents. Aethelb., 31.

(2) Usage assez commun de faire bénir les fiançailles par le prêtre. Esmein, I, 102, montre pourquoi l'Eglise conserva l'ancienne pratique : les fiançailles étaient un usage général en harmonie avec l'organisation de la famille. Héricourt, *Lois eccl.*, G, 5. Durand de Maillane, *Inst.*, IV, 1273. *Rec. des actes du clergé*, V, 646. Abus parfois en cas de fiançailles solennelles; le peuple y voit un vrai mariage. Statuts d'Aleth, 4, 19.

(3) Rolandus ignore encore cette distinction. *Summa Coloniensis*, dans Scheurl, *Eheschl.*, 166 (église gallicane). **X**, 44, 3. Comp. I, 4, 4, 5. Yves de Chartres tient que les fiançailles jurées équivalent au mariage et ne sont pas moins indissolubles que lui (cf. Fulbert, *Ep.*, 41). Fournier, *Rqh.*, 1898, p. 97. D'après Gratien, par les *sponsalia*, le mariage est simplement *initiatum* ; il n'est *ratum* qu'en vertu de la *copula*. **C.**, 34, c. 27, q. 2. A la fin du douzième siècle, l'Eglise romaine se rallie à la distinction de P. Lombard, *Sent.*, 4, 27, 1, entre les fiançailles de présent et de futur, **X**, 4, 1, 31 ; 4, 4, 3; 4, 2, 14. Le mariage est *initiatum* par les fiançailles, *ratum* par le consentement, *consummatum* par le *copula*.

ments ou par la *copula carnalis* qui n'en est qu'une forme (1).

4. — Le concile de Trente supprima le mariage purement consensuel et, par suite, les fiançailles par paroles de présent ; il laissa subsister les **promesses de mariage** avec l'effet d'emporter pour les fiancés obligation réciproque de s'épouser (2). Elles constituèrent, d'ordinaire, la première clause du contrat de mariage des époux (3). Avant et après le concile de Trente, les fiançailles conservèrent le caractère de contrat consensuel (4) ; l'Ordonnance de 1639 prescrivit, il est vrai, qu'elles fussent constatées par écrit, mais elle n'avait trait qu'à la preuve de l'acte (5). Pour que les fiançailles existassent, le consentement réciproque des futurs époux était requis en principe ; mais les règles sur la capacité atténuaient beaucoup ce principe ; quiconque était capable de se marier *ou pouvait décemment espérer le devenir*, était capable de se fiancer (*habilis ad matrimonium*, *habilis ad sponsalia*) ; les impubères se fiançaient valablement à partir de sept ans, l'âge du discernement, à condition d'avoir l'autorisation de leurs parents ou tuteurs (6) ; les parents eux-mêmes fiançaient leurs enfants en bas âge ou absents, on

(1) Théorie des *matrimonia praesumpta* (abolie complètement par Léon XIII, 15 déc. 1892), **X**, 4, 1, 30.

(2) L'importance donnée à la solennité du mariage aurait dû faire disparaître les fiançailles. La *copula carnalis* ne les transforma plus, du moins, en mariage. Durand de Maillane, *Dict.*, *h. v°* et auteurs cités.

(3) Motifs surannés allégués par nos anciens auteurs : *a*) elles servent à empêcher qu'on ne s'engage avec trop de précipitation dans le mariage ; mais le délai qui les sépare de celui-ci peut être fort court ; *b*) les empêchements pourront se produire durant ce délai : mais ce sont plutôt les publications qui les susciteront ; *c*) la raison donnée par saint Augustin est d'un modernisme aigu : *constitutum est ut jam pactae sponsae non statim tradantur, ne vilem habeat maritus datam quam non suspiraverit sponsus dilatam. Confess.* 8, 3. **C.**, 27 q. 2, c. 28.

(4) Usage d'accompagner l'échange de consentements de la remise d'un objet, par exemple une pièce de monnaie, un fruit, une fleur. Ex. dans *Invent. des archiv. du dép. de l'Aube*, série G, 1896, p. 429 : un homme et une femme se fiancent par un air de flûte ! P. 309 : une femme qui reçoit une épingle *en loyauté de mariage* a des doutes sur la validité des fiançailles ainsi contractées.

(5) Il était d'usage de constater à la fois dans le même acte (contrat de mariage) le consentement des fiancés et les conventions pécuniaires en vue du mariage projeté. Cayron, *Le praticien fr.*, 1665, p. 343. Autres exemples dans Viollet, p. 423.

(6) Mazure, *Fors de Béarn*, p. 177. Gratien, **C.**, 31, q. 2 et 3. Variations du droit canon qui, finalement, n'exige pas cette autorisation. Esmein, I, 159.

devine sous quels mobiles (1). Le lien formé par les fiançailles n'était pas très solide; sa rupture se produisait : *a*) *mutuo dissensu*; — *b*) par des changements survenus chez un des époux (infamie, hérésie, lèpre, enrichissement ou appauvrissement notable), injure grave (jactance du fiancé, absence), empêchement au mariage survenu après coup (commerce entre un fiancé et le parent de l'autre), vœux ou engagement dans les ordres, expiration du délai fixé, mariage d'un fiancé, refus d'un enfant devenu pubère de ratifier la promesse faite en son nom par ses parents (2).

5. — Les fiançailles valables entraînaient un empêchement au mariage entre chaque fiancé et les proches parents de l'autre. **L'obligation de s'épouser** qui en résultait pour les fiancés, était ramenée à exécution par la voie de la censure ecclésiastique; une action pouvait être intentée devant l'official contre le fiancé récalcitrant et il était adjugé *in sponsum* ou *sponsam* (3). Ces mesures rigoureuses cadraient bien avec le droit ancien d'après lequel les fiançailles se distinguaient à peine du mariage. Elles furent rejetées, au commencement du dix-septième siècle, par la jurisprudence des Parlements (4); l'official ne put que déclarer les fiançailles dissoutes et infliger une légère pénitence au fiancé coupable; mais l'autre fiancé avait le droit de s'adresser au juge séculier pour obtenir des dommages-

(1) Esmein, I, 161. Gratien, **C.**, 21, q. 2, c. 2; **C.**, 30, q. 2, c. 1; *in VI°*, 4, 2, 1. Ces fiançailles, sauf dans les premiers temps, n'étaient obligatoires pour les enfants qu'en vertu d'une ratification expresse ou tacite, depuis qu'ils étaient pubères. Beautemps-Beaupré, *Cout. de l'Anjou*, II, 263. Mais si tel était le droit, en fait, les fiançailles ainsi conclues s'imposaient fréquemment aux enfants dont on avait escompté l'assentiment. Il en était trop souvent du mariage comme de l'entrée en religion. Les mœurs, plus fortes que les lois, ne laissaient qu'une liberté bien limitée aux époux. Cf. Goncourt, *La femme aux VIII^e s.*, p. 22 (récit du mariage de M^me^ d'Houdetot). Isambert, VII, 59 (1403). B. de Xivrey, *Lettres de Henri IV*, 4, 659 Welschinger, *Divorce de Napoléon*, p. 159. Ci-après, Puberté. *Arch. f. Kirch.*, 1895, 369.

(2) Enumération dans ces vers attribués à Eustache du Bellay : *Crimen, dissensus, fuga, tempus et ordo, secundas* (mariage avec un autre), — *Morbus et affinis* (commerce avec un parent), *vox publica, cumque reclamant* (protestation contre les fiançailles conclues par les parents pendant l'impuberté), — *Quodlibet istorum sponsalia solvit eorum.*

(3) **X.** 4, 1, 10, 17 : censures, excommunication, prison.

(4) Loysel, 103 : *Fille fiancée n'est prise ni laissée, car tel fiance qui n'épouse point.* Arrêts dep. 1606 (Le Ridant, *Code matr.*; P. de Combes, *Procéd. en l'offic. de Paris*). Fevret, *Abus*, 5, 1, 20. Pothier, 51.

intérêts (1). La clause pénale dont on aurait pu abuser pour contraindre au mariage fut toujours interdite (2) ; il n'en fut pas de même des arrhes qui se donnaient souvent entre fiancés : elles étaient trop faibles d'ordinaire pour porter atteinte à la liberté du mariage ; on les toléra en les faisant perdre par le fiancé en faute. L'usage des fiançailles a perdu toute importance depuis la Révolution ; le Code civil qui n'y fait pas même allusion.

§ 3. — *Célébration du mariage* (3).

I. — Droit canonique antérieur au concile de Trente. —

(1) On voyait là non pas une obligation *ex delicto*, mais une obligation de faire, se résolvant en dommages-intérêts : moyen de contrainte indirect parfois et presque aussi efficace que les peines ecclésiastiques. Cf. en dr. anglais, *breach of promise*. Sur l'évaluation des dommages, voir les auteurs cités à la note précédente. *Law Quart R.*, 1894, X, 135.

(2) Cod. Just., *de spons.*, 3. **X**, 4, 1, 29. *Et. de saint Louis*, I, 124. — En Bourgogne, la clause pénale est admise (1350). Beaum., 34, 62. P. de Font., 15, 32. Launay, *Inst.*, 2, 4. Hostiensis, p. 341. Cf. *supra*, p. 1017, n. 1.

(3) Manuels de dr. canon, *supra*. Scherer, § 112. Richter-Dove, § 235. Friedberg, § 153 (bibl.). *Deut. Z. f, Kirchenr.*, 1892, 302 (bibl.). De Richecour. *Hist. des formes... du m.*, 1856. Meier, *De forma matrimonii*, 1856. Stälin, *Form. d. Eheschliess.* (avant Gratien). 1864. Friedberg, *Recht d. Ehesch.*, 1865 (*supra*, bibl. sur fiançailles). Scheurl. *Enlwich. d. kirchl. Eheschl.*, 1877; *Das. deutsch. Eherecht*, 1882. Beauchet, *Et. hist. s. les formes de la célébr. du mar.*, 1883 (*NRH*, 1882, 380). Desforges, thèse, 1887. Pillons, thèse, 1890. Basdevant, thèse, 1900 (*Législation du mariage depuis le Concile de Trente*). Berdnikov, *Forme de la conclusion du mar.* (en russe), 1888. Kovàts, *Célébr. d'ap. le dr. hongrois* (en hongr.), 1883; Rozner, *Anc. dr. matrimonial hongr.*, 1888 (id.). Cf. *Arch. f. kat. Kirchenr.*, t. 51 et 60. Wyss. *Z. f. schweiz. R.*, 1878, p. 85. Salis, *Beitr. z. Gesch. d. pers Eher.* (Grisons). Dieckhoff, *Kirchl. Trauung*, 1878. V. Schubert, *Ev. Trauung*, 1890. Gaudenzi, *Arch. stor. p. le prov. napolet.*, 13, 103. (Medem), *Form. d. Eheschliess.*, 1874. Freisen, 91. Esmein, I, 139. Pollock et M., II, 362. Lattes, § 31. Pertile, § 108. — Cf. ci-dessus, Fiançailles, Origines de la famille. *Add.* Bernhœft, *Verwandtschaft u. Eheform. d. nordamerik. Volks.*, 1889. Möllendorf, *Fam. chinoise*, 1896. Araki, *Japan. Ehe*, 1894.

Sur les usages populaires, cf. Gautier, *La Chevalerie*, p. 420. Martène, *De antiq. eccles. rit.* Alexander ab Alexandro, *Genial. dier.*, I, 24; 2, 5. De Gubernatis, *Usi nuziali i. Ital.*, 2e édit. 1878. Frati, *Costumanze e pompe nuz. bologn.*, 1894. Zocco-Rosa, *Cerem. nuz. d. Lusitani* (*R. sc. d. dir.*, I, 501). Ed. du Méril, *Formes du mar.*, 1861 ; *Id. en France*, 1877. Carrance, *Le mar. chez nos pères*, 1876. De Ribbe, *Les fianç. et le mar. en Prov.*, 1896. Labande, *Acad. Vaucluse*, 1894. Gautier, *Chevalerie*, p. 396. Mélusine, *Revue des trad. popul., passim*. Marignan, *Et. s. la civilis. fr.*, 1899. Lagrèze, *Dr. dans les Pyrénées*, p. 148 (cite de Grammont, *Comment on se marie*). Tauber, *Aïn Maïr*.

Tout en considérant le mariage comme un sacrement, l'Eglise n'avait pas imposé aux fidèles de forme particulière pour sa célébration (1). Elle se référait pour sa conclusion à la loi civile, et en particulier aux lois romaines (2). C'est ainsi qu'elle avait interprété l'axiome romain : *nuptias non concubitus sed consensus facit*, en ce sens que le mariage se formait par le seul échange de consentements entre époux (3). L'acte se trouvait ainsi simplifié et, si l'on peut dire, réduit à sa plus simple expression. Cette doctrine ne prévalut pas sans peine : non seulement elle allait contre le système des fiançailles germaniques, mais elle heurtait une maxime issue peut-être des usages germaniques sur la *traditio puellae*, peut-être de la conception populaire du mariage, la maxime : *Matrimonium desponsatione initiatur, commixtione perficitur* (4). Le mariage n'est parfait que par la consommation (5), si bien que dans le droit définitif (6) le mariage n'est tout à fait indissoluble que s'il a été consommé. Alors seulement, dit-on, il représente l'union du Christ et de l'Eglise (7). Tant qu'il n'y a pas eu consommation, il peut être

(1) Mariage avec intervention du *perorator* (Italie, haut moyen âge), qui constatait le consentement des parties, la conclusion de l'acte, déclarait les époux unis. Comment expliquer le rôle de ce personnage? Mariage civil? Friedberg, *Eheschl.*, 5. Sohm, *Trauung*, 2. Thaner, *Z. f. Kirch.*, 1881, p. 209. Brandileone, *op. cit.*, Ruffini, *Per la Storia d. dir. matr.*, p. 26 (bibl. et textes). Ci-contre, Mariage constaté par acte notarié. Friedberg. *D. Zei. f. Kirch.*, IV, 354. Friedberg, *Handb. d. Kirch.*, § 153. Patetta, *Studi Senesi*, 1896, p. 3.

(2) Saint P. Damien, Yves de Chartres, citent souvent les textes romains. P. Fournier, *Yves de Chartres* (*Rqh.*, 1898, p. 89). *Z. f. Kirch.*, 1889, 269.

(3) Joseph et la Vierge. Dans ce sens, les Pères de l'Eglise. Ignace, Chrysostome. Ambroise. Augustin, cités dans Gratien, **C**. 27, q. 1, c. 1 et suiv.

(4) Cf. Genèse, II, 24 : *Erunt duo in carne una*. Usages grossiers, Agde, 39.

(5) Freisen, p. 92, 206 (*secùs*, 2e éd.). Heusler, *Inst.*, II, 282. Ficker, *Miltheil. Inst. f. œsterr. Gesch.*, 188, 2, 70. Hörmann, *op. cit.* Sehling, p. 174. Scherer, *Arch. f. Kath. Kirch.*, 1891, p. 353. Fournier, *Yves*, p. 91. — Comme on le voit, il y a, sur la formation du mariage, au moins trois tendances distinctes; de là, dans la science, trois théories opposées : 1° théorie des fiançailles; 2° théorie de la *copula*; 3° théorie du *consensus*. Freisen, *Arch. f. Kath. K.* 67, 369.

(6) Acquisition du douaire, Beaum., 13, 25 (*compaignie carnele*). Loysel, 140. Cf. Bretagne, 450 (mettre le pied au lit; *Beilager* allemand). Bourges, *Mar.*, 1 (prohib. des dons entre époux seulement à partir de la consommation). *L. Sax.*, 8 (naissance d'un fils). Dr. suédois : *ascencio thori*, banquet. Grimm, 435.

(7) S'il ne l'a pas été, la femme qui survit n'est pas veuve.

rompu par l'entrée en religion de l'un des époux (1) et le pape est autorisé à le dissoudre (2). Anomalies pour le juriste, survivances pour l'historien (3). Le droit canonique définitif, tel qu'il est fixé par un rescrit célèbre de Nicolas I aux Bulgares, 866 (4), s'attacha d'une manière exclusive au consentement des époux (5). Les usages germaniques perdirent toute importance légale, quoique dans beaucoup de lieux, en Allemagne, la consommation du mariage soit symbolisée durant le moyen âge par la cérémonie du *Beilager* ou coucher des époux en présence de témoins (6). — La théorie du mariage consensuel eut

(1) Gratien, c. 27, q. 2. Exemples de saint Macaire, saint Alexis. Explications diverses : cf. glose de Bernard de Parme, Hostiensis, Panormitanus. La profession religieuse ne rompt pas le *matrimonium ratum et consummatum*.

(2) A raison de la plénitude de son pouvoir législatif. Biais commode et d'usage fréquent pour dissimuler un vrai divorce.

(3) Cf. **X**, 4, 13, 2 (*affinitas superveniens*; **X**, 4, 8, 3 (*tepra superveniens*); 4, 19, 1 et 7; 4, 20, 1; 4, 1, 19.

(4) *Secundum leges*. Labbe, VIII, 518, art. 3 (usages de l'Eglise romaine). Gratien, **C.**, 27, q. 2, 1 et 2. Conciles de Châlons, 813. Tribur, 893. Cf. Trosli, 909 (*dotatam et a parentibus traditam per benedictionem sacerdotum accipiat* : pas de nullité). *Pseudo Isid.*, *éd. Hinschius*, p. 87 : *Aliter legitimum non fit conjugium nisi ab his qui super ipsam feminam dominationem habere videntur petita, enim nisi* (l. *et*) *a parentibus propinquioribusque non* (?) *sponsetur et legibus dotetur et, ut mos est, a sacerdote benedicatur et a paranymphis, ut consuetudo docet, custodita legibus detur et solemditer accepiatur, et biduo vel triduo orationibus vacent et castitatem custodiant ut bonae soboles generentur et Domino placeant. Taliter filios non spurios sed legitimos atque hereditabiles generantur... Aliter non conjugia sed adulteria aut contubernia, nisi voluntas propria subfragerit* (*suffragaverit*). *Faux capit.*, 7, 463, 179. Glasson. — *Et. s. le consent. des époux au mariage*.

(5) Ex. dans Chroniques, Poèmes, Gautier, *Chevalerie*, p. 354. Mais cf. ci-contre, Fiançailles, Consent. des parents. *Jostice*, p. 181, 188.

(6) Cf. Mariage par rapt. Weinhold, *Deut. Frauen*, I, 399. Ci-dessus, p. 760 (Hanauer). *Sachsensp. Landr.*, I, 45, 1. Stryk, *Usus mod. Pandect.*, 23, 2, 21. Si le mari meurt avant le coucher officiel, la femme n'acquiert pas les avantages pécuniaires résultant pour elle du mariage (douaire, droits de succession). — L'usage très répandu en France de porter une soupe au lait, une rôtie, du vin chaud, etc., aux nouveaux mariés quand ils sont dans le lit nuptial, n'a sans doute pas d'autre origine : *Boire, manger, coucher ensemble, c'est mariage, ce me semble. F. de Béarn*, 267. Pineau, *Folk-Lore du Poitou.*, p. 488. Sébillot, *Contes popul. de la Haute-Bretagne*, p. 136. Ce dernier folkloriste constate qu'il y a des lieux où les nouveaux époux ne cohabitent que le deuxième jour. Cf. ci-dessus, p. 678 (n. 2). Fournel, *Adultère*, p. 52; Ord. 1336, 1338; Arr. 1439 (défense à l'évêque d'Amiens de rien exiger des nouveaux mariés pour coucher ensemble les trois premières nuits du mariage).

assez de force pour reléguer au second rang la **bénédiction nuptiale** (1) par le prêtre, quoique cet usage pieux remontât aux temps apostoliques (2). Elle ne fut pas classée parmi les conditions essentielles du mariage (3). L'Eglise se borna à la recommander et à infliger des pénitences à ceux qui ne s'y assujettissaient pas (4). Dès lors il y eut, en fait, deux sortes de mariages : l'un, officiel en quelque sorte, solennel, public (5), *in facie Ecclesiae* (6) ; l'autre, acte privé, clandestin, le mariage par le simple consentement (7) ou, ce qui était la même chose,

(1) Salvioli, *Arch. giur.*, 1894, p. 173. Brandileone, *Ac. sc. Nap.*, 27, 269; *Riv. p. sc. giur.*, 18, 1. Cf. Ruffini, *op. cit.* Patetta, *Studi Sen.*, 1896, 3.

(2) Idée d'attirer les faveurs célestes sur l'acte qui s'accomplit. Duchesne, *Orig. du culte chrét.*, c. 14. Tertullien, *ad uxor.*, 2, 9. Rescrit de Nicolas Ier aux Bulgares, 866 : *sponsa ia, subarratio, libellus dotis*, messe, bénédiction des époux pendant qu'on étend le voile (*pallium*, *paile*) sur eux, couronnement au sortir de l'église. C'est le premier texte qui décrit avec détail les rites chrétiens du mariage, et il est remarquable de voir qu'ils se rapprochent des rites païens

(3) Gratien, **C.**, 35, q. 6, c. 2. Tertullien, *de pudic.*, 4 Encore au treizième siècle, on ne bénit pas les secondes noces. Conc. Latran, 1215, c. 51 ; Paris, 1429; Narbonne, 1551, etc. Boutillier y voit seulement une *honneste chose*, II, 8. Viollet, p. 425.

(4) Cf. Const. de dot. Conc. d'Arles, 524. Gratien, **C.**, 30, q. 5, c. 6 : *nullum sine dote fiat conjugium. Faux Capit.*, 7, 463. Ci-contre, Dot germanique. A Rome, l'*instrum. dotale* servait à distinguer le mariage du concubinat, à prouver les *nuptiae*. Cod. Just., 5, 4, 22 s. La vie commune emportait aussi présomption de mariage entre personnes de condition égale, et plus tard entre personnes libres. Nov. 74, 4, et 117, 4. *Wis.*, 3, 1, 9. — Marculf., 2, 15; *App* , 37; *Sirm* , 14, etc. *L. Rib.*, 37. Cf. ci-après, Concubinat.

(5) Les Capitulaires le prescrivent (*Cap.*, 755, c. 15 : *ut omnes .. publicas nuptias faciant tam nobiles quam ignobiles*) afin d'empêcher les mariages incestueux, irréguliers (*Cap.*, 802, c. 35 ; 804, etc. *F. Capit.*, 6, 408; 7, 169, 463), mais non à peine de nullité (cf. cep. Pothier, IV, 3, 2) : les pénalités édictées tombèrent en désuétude. Léon le Philosophe, en 813, Nov. 89, prononce la nullité. Cf. pour la Sicile, Ass. normande de 1140; *Const. Sic.*, 3, 20

(6) Ce qui montre bien le caractère accessoire de l'intervention du prêtre, c'est que la bénédiction nuptiale n'était pas donnée dans l'intérieur de l'église, devant l'autel, mais *ad valvas*, *ad fores ecclesiae*, à l'huis du moustier. Du moins, tel fut l'usage général pendant assez longtemps. Le prêtre demandait aux époux s'ils consentaient à se prendre pour mari et femme, et sur leur réponse affirmative, leur donnait sa bénédiction. Dareste, *Etudes*, p. 288 (dr. scandinave).

(7) Erasme, *de matr.*, 67 : le mariage peut se conclure *nutu*, *litteris*, *signo* (remise de la moitié d'une pièce d'argent), *facto* (*si juvenis dicat ; si me habes pro conjuge, da basium*), *silentio* (les parents se mettent d'accord en présence des futurs qui gardent le silence). Le **mariage par procureur** se trouvait, dès lors, licite, Cf. Michelet, *Orig. du dr. fr.*, p. 27, 32. Hanauer,

les *sponsalia per verba de praesenti*. Il est à peine besoin d'indiquer les inconvenients graves qui résultaient de la clandestinité du mariage (1) : la bigamie était fréquente, l'état des personnes incertaines : on pouvait toujours le contester, puisque

Mém. Acad. Stanislas, 1893, 260 : le procureur couche avec la fiancée, tout armé, le bras droit et le pied droit nus, une epée nue entre eux (*Beilager* officiel). Mariage par procureur de Frédéric III et d'Eléonore de Portugal, de Maximilien et d'Anne de Bretagne. Autres exemples en 1477, 1501, 1737 (à Lunéville). Glose du Décret **X.**, 3, 32, 14 (cf. D., 23, 2, 5); *in VI°, de procur. in f. Acta S. Sedis*, 16, 10. Laboulaye, *Cond. d. f.*, p. 133. Lagrèze, *Navarre*, II, 183 (a. 1336, 1384). Depuis le concile de Trente, la célébration du mariage par le procureur n'a pas de sens, car elle n'empêche pas qu'une autre célébration entre les parties elles-mêmes ne soit nécessaire. Welschinger, *Le div. de Napoléon*, p. 158. Cependant les docteurs étaient en désaccord. Pothier, n° 367. Dur. de Maillane, *Dict. de dr. canon*, v° *Procuration*.

(1) On y remédia dans une certaine mesure par les **Bans** ou **Publications de mariage**. Viollet, p. 372 (bibl.). Richter, § 267, 281. Pothier, n° 64. Durand de Maill, *Dict., h. v°*. Merlin, Ferrière, *h. v° Rhdr.*, 13, 563. Précédents : Tertullien, *de pudic.*, 4. Ignat., *de monog.*, 11 ; *ad ux.*, 2 *in fine; ep. ad Polyc.*, 5. La prohibiton des mariages incestueux ou irréguliers dut contribuer à maintenir l'usage de faire connaître d'avance les mariages projetés aux fidèles. Peine du ban royal prononcée par les Capitulaires : 802, 35. *F. Capit.*, 2, 130; 327, 408; 3, 179, 389, 463. Gratien, **C.**, 30, q. 5, c. 1. De là, publications. Au douzième siècle, c'est une coutume de l'Eglise gallicane. **X**, 4, 1, 27. *Banna* ou *denunciationes* publiques par le prêtre. Viollet, p. 430 : au commencement du douzième siècle à Thérouanne où on les abolit en 1150; Eudes de Sully les organise à Paris en 1198. Le concile de Latran, 1215, la généralise. **X**, 4, 3, 3. Sanction : péché pour les époux et le prêtre, pas de mariage putatif. Le concile de Trente, s. 24, c. 1, renouvelle ces prescriptions dans le but d'éviter les mariages clandestins et incestueux (3 publications par 3 jours fériés successifs). Dispenses si le mariage risque d'être malicieusement empêché. — Ord. Blois, 1579, 40 : dispositions analogues. Publications au prône de l'église paroissiale de chacune des parties et de leurs père et mère. Intervalle entre les jours fériés : varie avec les diocèses (Orléans : 1 jour). L'Ord. de Blois ne permettait à l'évêque que de dispenser de deux publications et pour cause urgente et légitime (oppositions malicieuses, grossesse de la fiancée); mais on va jusqu'à dispenser des trois publications et sans causes. Sur les rétributions exigées par le clergé, cf. Févret, *Abus*, 5, 2, 32. — L'effet principal des bans était de provoquer les oppositions. Avant de les publier, le curé doit s'assurer du consentement des parties et, au besoin, se faire représenter le consentement des père et mère, tuteurs et curateurs. Un Arr. du 15 juin 1691 prescrivit de tenir un registre des oppositions et désistements. Cf. C. civ., 67. — Défaut de publications : le prêtre encourt des peines canoniques et une amende; le mariage n'est pas nul d'après le droit canon (dispenses); la jurisprudence française prononça d'abord la nullité, mais ne l'appliqua, dès le dix-septième siècle, qu'au mariage des mineurs conclu sans le consentement des parents. De Verdelin, *Analyse des ...mémoires du clergé*, 1821, I, 419. Louet, M, 6. Denisart, v° *Ban*.

le mariage n'était pas prouvé (1). Rien n'était plus facile également que de rompre le lien conjugal. Très souvent cela dépendait des époux ou de l'un d'eux. Les vices de cette pratique nous ferment aujourd'hui les yeux sur ses bons côtés et sur ce qui l'a fait durer des siècles. Elle seule pouvait assurer la pleine indépendance de l'individu (surtout de la femme) dans l'acte le plus grave de la vie et à un moment où tout semblait conspirer pour la lui ôter : le souverain disposant de la main des filles de ses sujets; le seigneur imposant à sa vasale, jusqu'à soixante ans, le service de mariage et mariant de force ses serfs ; enfin et surtout la famille qui, peu soucieuse des affections et des convenances particulières, faisait trop souvent de l'union conjugale un marché dans son intérêt. L'unique moyen de soustraire l'individu à ces influences a été la reconnaissance du mariage sans formes, sans publicité. C'est ce qui explique que, dans les pays d'individualisme outré, comme chez les Anglo-Saxons, les mariages *solo consensu* aient pu se maintenir si longtemps. Les mariages en Ecosse, près de la frontière anglaise, devant le forgeron de Gretna-Geen, n'ont cessé qu'en 1848 (2). De nos jours et à partir du moment où la liberté

(1) Le droit canon avait rendu facile la preuve du mariage comme sa formation elle-même : témoins, écrits authentiques ou privés, possession d'états, registres. La législation française se montra plus rigoureuse. — Témoins : deux font preuve complète (même parents). Suffit-il qu'ils aient vu la remise de l'anneau, qu'ils aient assisté aux solennités d'usage. L'Ord. de Blois, en prescrivant la tenue de registres, voulut écarter la preuve par témoins, et les Ord. 1629, 40 et 1639, en conclurent logiquement qu'en règle générale, le mariage ne pouvait être prouvé que par les registres (contrairement au droit canon. Panorm. s. **X**, 2, 18, 13). L'écrit privé se trouva aussi écarté, en règle générale. L'acte notarié anciennement en usage (cf. Italie, ci-dessus) (Arr. 4 fév. 1576 (fut interdit par l'Ord. de Blois, 1579, 44. Le contrat de mariage ne prouvait pas le mariage. **X**, 2, 33, 11. — Difficultés sur la possession d'état, ses éléments (*nomen*, *tractatus*, *fama*) et leur force respective. *Decis. Capell. Tolos.*, q. 173. — L'aveu n'est pas une preuve ici (cf. cep. sur la *copula* à la suite de *sponsalia de futuro*). — Les mariages clandestins prouvés par témoins, etc., ne pouvaient prévaloir contre un mariage public postérieur. — Sur la preuve exceptionnelle par témoins, etc., cf. Pothier, éd. Bug., t. X, p. 79. C. civ., 46 Ci-après, Actes de l'état civil.

(2) Les Anglais éludaient leur loi qui exigeait la présence du prêtre (1753) en allant se marier à Gretna-Green : le forgeron servait de témoin, et le registre qu'il tenait facilitait la preuve de l'acte. Viollet, p. 428, n. 1 : le curé de Lay-Saint-Remy, en Lorraine, fait pendant au forgeron de Gretna-Green.

des mariages a été assurée, les solennités et la publicité n'ont offert que des avantages.

2. — **Concile de Trente** (1) (sess. 24, 1563) (2). — Les abus résultant de la clandestinité des mariages étaient tels cependant que l'Eglise se décida enfin, non sans quelque hésitation (3), à rompre avec sa discipline séculaire (4). Le concile déclara les époux incapables (5) de se marier autrement qu'en présence du curé de leur paroisse (6) (*proprius sacerdos* (7)) et de deux ou trois témoins ; tout mariage célébré d'une autre manière fut frappé de nullité. Le mariage devint ainsi un contrat solennel et public (8) ; néanmoins, ce furent toujours les contractants et non

(1) *Hist. du concile* de Sarpi et de Pallavicini. Schulte, 64. Friedberg, 107. Sohm, 187. Salis, *Public. d. trident. R.*, 1888. Druffel, *Mon. Trid.*, 1884.

(2) Pie IV se réserve d'en interpréter seul les décrets, et bientôt ce droit passe à la Congrégation cardinalice du Concile, créée en 1564. La jurisprudence de ce corps fait autorité en matière de mariage. Choix de ses résolutions dans Schulte et Richter, 1853 (éd. du Concile). *Jur. Literat.*, 1896, 7, 16.

(3) Controverse, d'après Paolo Sarpi, entre le doyen de la Sorbonne, Maillard, hostile à la réforme, et le jésuite Salmeron. Opposition de 56 prélats lors du vote.

(4) On disait autrefois : Boire, manger, coucher ensemble, c'est mariage, ce me semble. Depuis Trente, il fallut ajouter : Mais il faut que l'Eglise y passe.

(5) On n'osa pas annuler directement le mariage contracté hors de la présence du prêtre, parce qu'il était de tradition que celle-ci n'était requise que *ad honestatem*. Le but fut atteint par la création d'une incapacité nouvelle. Les nullités antérieures, comme la violence, l'absence de consentement, pouvaient d'autant moins atteindre les mariages clandestins qu'on les validait pour le passé. On proposa d'annuler le contrat civil, matière du sacrement; mais l'opinion générale fut que le contrat ne se distinguait pas du sacrement.

(6) Domicile d'habitation (et non d'origine) ou résidence d'un an. **X**, 5, 38, 12.

(7) Ou d'un autre prêtre, mais avec la permission du curé ou de l'ordinaire. George, *De parocho putativo*, 1859.

(8) Le mariage entre absents par procureur (mandat spécial, verbal ou écrit) ne cessa pas d'être permis (Henri IV et Marie de Médicis, Isambert, XV, 245). Voir ci-contre, p. 25, n. 7. — Sanchez, 2, 12, 2, admet le mariage par lettre (lue devant le curé par celui qui l'a reçue). Le mariage conditionnel ne fut même pas proscrit, malgré ses inconvénients. **X**, 4, 5. Sont licites les conditions qu'un époux donnera de l'argent à l'autre ou que des tiers consentiront au mariage; illicites, les conditions sont non écrites, à moins qu'elles soient contraires à l'essence du mariage, auquel cas elles l'annulent (*si generationem prolis evitas, si pro quaestu adulterandam te tradas*). Mais les mariages présumés (*copula* à la suite de *sponsalia per verba de futuro*) disparurent (pas de célébration, difficultés de preuve). Le mariage clandestin ne valut pas comme promesse de mariage, quoiqu'au-

le prêtre qui furent régardés comme les ministres du sacrement. Après avoir demandé aux parties si elles consentent à se prendre pour mari et femme, le prêtre doit dire, il est vrai : *Ego vos in matrimonium conjungo* ; mais ce n'est pas là une formule obligatoire (1) : la présence du prêtre est seule requise à peine de nullité. Telle est la doctrine des canonistes, et par conséquent le prêtre se trouve ne jouer d'autre rôle dans le mariage que celui d'un témoin qualifié *spectabilis*. Au fond, du moment où sa présence est indispensable, où nul ne peut le remplacer, il est plutôt partie à l'acte que spectateur ; on dit : les époux se marient devant le prêtre ; l'expression convient surtout au vieux droit ; on dit aussi : le prêtre les marie, et la langue marque par là le changement qui s'est opéré dans le rôle du prêtre (2).

3. — **Législation civile.** — Si les décrets du concile de Trente (3) ne furent pas reçus en France parce qu'ils portaient atteinte aux droits de la puissance séculière, la royauté dut se les approprier et les édicter comme lois de l'Etat (4). Ce fut l'objet des articles 140 et 44 de l'Ord. de Blois, 1579, et de quelques déclarations postérieures qui les complétèrent, not. la Décl. du 26 nov. 1639 (5). Même obligation de célébrer le mariage, sous peine de nullité, devant le curé de la paroisse des deux époux ou de l'un d'eux (6), en présence de témoins (quatre au lieu de

cune forme ne fût requise pour celle-ci. Sur le mariage conditionnel, Ianke, *De cond. matrim. oppositis*, 1851. Manenti, *D. in apponibilità d. condizioni ai negozi giurid.*, 1889. Riedler, *Bedingte Eheschl.*, 1892. Hussareck v. Heinlein, *Die bed. Eheschl.*, 1892. Ruffini, *Per la storia d. dir. matrim.*, p. 10. **X**, 4, 5 et 5-7 ; *in VI*, 4, 1, 1. Gratien, **C.**, 32, *in pr.* ; **C.**, 27, q. 2, *palea* 8. On finit par n'y voir que des *sponsalia de futuro*.

(1) Cf. anciens Rituels où l'on trouve, par exemple : *matrimonium per vos contractum, ego tamquam minister Dei, confirmo, ratifico et benedico.*

(2) Les théologiens discutent, comme toujours, sans voir que leurs thèses contraires sont exactes, l'une pour le passé, l'autre pour l'avenir. Durand de Maillane, *Dict*, v° *Mariage*.

(3) Distinguer les canons relatifs au dogme, des décrets relatifs à la discipline. Boyer, *Diss. s. la récept. du conc. de T.* dans *Examen du p. légist. de l'Egl. s. le mar.*, 1817. Le Ridant, *Deux quest. s. le mar.*, p. 344. Bibl. sur le concile dans *Jurist. Literaturbericht*, 1896, VII, 16.

(4) Cf. prohib. des mariages clandestins en Lombardie, 1783 ; Toscane, 1786 ; Naples, 1718, 1767. — Lagrèze, *Navarre*, 2, 169 (coexistence du mariage religieux et du mariage selon le for, en donnant des arrhes et des cautions).

(5) D'Aguesseau, *Œuvres*, 1762, V, 161 ; III, 215. Merlin, *Rép.*, v° *Mariage*.

(6) Ord. Blois, 1579, 40, 44 ; 1629, 39 ; 26 novembre 1639 ; Edit mars et Décl. juin 1697 ; Décl. 14 mai 1724 ; 22 nov. 1730 ; Décl. 9 avr. 1736.

trois). La Déclar. de 1639 donne même au curé un rôle actif : il ne suffit pas, pour que le mariage existe, que les parties se présentent devant lui à l'église et déclarent se prendre pour mari et femme; il faut que le curé les déclare unis (1). Ce n'est pas seulement un témoin *spectabilis*, c'est un officier de l'état civil et religieux.

4. — **Mariage des protestants** (2). — Le rôle du prêtre dans le mariage était double, à la fois civil et religieux. Les Réformés ne pouvaient s'adresser à lui sans abjurer. Jusqu'à la révocation de l'édit de Nantes, ils se marièrent devant leurs ministres, investis aux yeux de l'Etat des mêmes pouvoirs que les curés pour les catholiques (3). L'édit de révocation (22 oct. 1685) bannit les ministres ; c'était contraindre indirectement les protestants à se marier devant les curés catholiques (4). La jurisprudence donna à l'édit toute sa portée sur ce

(1) On le contesta cependant. Au lendemain de la Décl. 1639, mariages à la Gaulmine, c'est-à-dire devant notaire, et on fait signifier l'acte au curé. Le Parlement interdit aux notaires de constater ces mariages, 5 septembre 1560, et les annule, 12 août 1692. L'Edit 1697 prononça les peines les plus sévères contre les mariages irréguliers (cf. Décl. postér. Isambert, XX, 292). Sur Gaulmin, doyen des maîtres de requêtes, cf. Desforges, thèse, p. 149-151. Les mariages par devant notaires étaient fréquents autrefois; interdits par l'Ord. de Blois, ils se conservèrent dans les comédies, parce qu'il n'était pas permis de mettre en scène les ecclésiastiques. Glasson, 7, 155. *Mém. du Clergé*, V, 780.

(2) A. Martin, *Anc. lég. génevoise s, le mar.*, 1891. Rappelons que, pour les protestants, le mariage n'est pas un sacrement; ce sont les époux qui s'unissent et non le prêtre qui les conjoint. Sohm, 197; *Trau.* 110 (cf. art. en 1879).

(3) L'article 40 de l'Ord. de Blois ne s'appliquait pas aux protestants; mais l'article 44 était absolu. Edit 17 janvier 1561, 9; août 1570; mai 1576; sept. 1577. L'Edit de Nantes, avril 1598, art. 23, les oblige à respecter les empêchements établis par l'Eglise; soumet aux juges civils les causes matrimoniales où ils étaient parties. Les protestants furent autorisés implicitement à se marier devant leurs ministres. Synode de 1559. Brodeau s. Louet, II, 122. Les ministres tinrent des registres comme les curés; et *en fait*, on leur reconnut la même autorité qu'à ceux-ci. Divers actes organisent cette tenue des registres et admettent par suite la célébration du mariage par les ministres. L'Arr. du Cons., du 15 sept. 1685, sécularise à moitié le mariage des protestants; le ministre assiste à l'union et la bénit en présence du principal officier de justice du lieu après des publications au siège royal le plus prochain. Arr. Cons., 22 septembre 1664. Décl. 2 avril 1665; 1er février 1669. (Lorry), *M. des prot.*, 1756.

(4) Mariages au Désert, bénis par les pasteurs cachés. Unions bénies par des vieillards, par des chefs de famille. Mariages à l'étranger dans les provinces frontières. Pothier, n° 363. Décl. 16 juin et 6 août 1685. Abrog. par L. 20 septembre 1792. — Egl. évangélique : Blumstengel, *Trauung*, 1879.

point (1), d'après la Déclar. du 13 déc. 1698, en partant de la fiction qu'il n'y avait plus de protestants dans le royaume, mais seulement des nouveaux convertis (2). Il n'y eut plus, dès lors, pour eux d'autre moyen de se marier que d'apostasier en faisant bénir leur union par les curés catholiques (3). Vers la fin du dix-huitième siècle, la jurisprudence s'adoucit et se trouva préparer ainsi l'édit de 1787, depuis longtemps réclamé par les esprits libéraux et aux termes duquel les protestants pouvaient se marier, à leur choix, ou devant le premier officier de justice du lieu ou devant leur propre curé, agissant non plus comme ministre du culte, mais comme officier de l'état civil. Dès l'Ancien Régime, la diversité de religion avait eu pour résultat de séculariser le mariage des protestants.

5. — **Droit révolutionnaire** (4). — La Révolution, en proclamant la liberté des cultes, fut amenée à une sécularisation complète du mariage. Les théories des juristes et même des théologiens d'après lesquels le contrat était la matière du sacrement y contribuèrent au moins autant que l'enseignement des philosophes. La Const. de 1791, 2, 7 (5), posa le principe que la loi ne considérait le mariage que comme un contrat civil (6) ; libre

(1) Arr. Parl., 14 août 1709. Présidial de Nimes en 1739. Tolérance de fait qui cesse après 1743 (mort de Fleury)

(2) Décl. 8 mars 1715. Pothier, n° 275. Portalis, *Consull. s. la valid. du mar. des prot.*, 1770.

(3) Qui les soumettent à des épreuves pour s'assurer de la sincérité de leur conviction. De là l'usage du billet de confession imposé aujourd'hui aux catholiques eux-mêmes.

(4) Agier, *Du mar. dans ses rapp. avec la religion et les lois nouvelles*, an IX. Daniel, *Le mar. chrétien*, 1870. Sagnac, *Lég. civ, d. Révol.*, 1898. Rosmini-Serbati, *Sul. matr. christ. e le leggi civ.*, 1862. Fleiner, *Obligat. Civilehe*, 1890.

(5) Conform. au rapport de Durand de Maillane au nom du Comité ecclésiastique. Il avait été motivé par le refus du curé de Saint-Sulpice de publier les bans de Talma.

(6) Friedberg, *Gesch. d. Civilehe*, 1877 [2]. Glasson, *Le mar. civil*, 1880 [2]. Esmein, I, 46. Ci-contre, p. 11. — Le mariage civil moderne est caractérisé par la présence d'un officier public, représentant de l'Etat. Cf. mariage devant les *peroratores* vénitiens (Thaner, *Z. f. Kirch.*, 1881, p 209) ou devant notaire (**X**, 4, 4, 3). Friedberg, *Handb.*, § 155, n. 1. Le mariage civil fut admis pour la première fois en Hollande, en 1580, pour des motifs de tolérance; en 1656 dans tous les Pays-Bas; en 1653, en Angleterre (mais la Restauration le supprima). Cf. Friedberg, trad. Ruffini, § 155, n. 6 (bibl.). Del Giudice, *Studi*, 1889, 209. Gabba, *Matr. civ. e rel.*, 1876. Padelletti, *Scrit. d. dir. publ.*, 1881. Brunialti, *Stato e chiesa i. Italia*, 1892. *Arch. giur.*; 61, 142. Sohm, 284.

à l'Eglise d'organiser le sacrement en établissant les formes et les conditions qu'il lui plairait, libre aux fidèles de respecter ses doctrines (1), mais l'Etat ne pouvait s'astreindre à les imposer à tous les citoyens sans porter atteinte à leur liberté de conscience (2). Le D. du 20 sept. 1792 organisa les actes de l'état civil et le mariage; celui-ci dut être conclu désormais, pour être reconnu devant l'Etat, devant un officier municipal (3). Dégagé de son caractère religieux, le mariage n'en est pas moins un contrat solennel; le seul consentement des parties ne suffit pas pour le former; l'intérêt social qui est en jeu dans ce contrat est trop considérable pour qu'on le rabaisse au rang des actes privés et clandestins (4). Par la publicité et les solennités dont on l'entoure, on sauvegarde la liberté des par-

(1) L'Eglise catholique soutient que le Christ lui a donné le pouvoir législatif et judiciaire en matière de mariage, par le fait qu'il a élevé cet acte au rang de sacrement; d'après elle, là où s'applique le concile de Trente, les époux qui ne sont que mariés civilement vivent en état de concubinage. La doctrine catholique se résume dans cinq propositions formulées en 1808 par Pie VII pour l'évêque de Varsovie : 1° Il n'y a point de mariage s'il n'est contracté dans les formes que l'Eglise a établies. 2° Le mariage une fois contracté suivant ces formes, il n'y a point de puissance sur la terre qui en puisse rompre le lien. 3° Dans le cas d'un mariage douteux, il appartient à l'Eglise seule d'en juger la validité ou l'invalidité. 4° Un mariage auquel ne s'oppose aucun empêchement canonique est bon, valide et par conséquent indissoluble, quel que soit l'empêchement que la puissance laïque y oppose sans le consentement de l'Eglise. 5° Au contraire, on doit tenir pour nul tout mariage contracté malgré un empêchement canonique donnant qu'un gouvernement quelconque prétendrait abroger. Cf. Encycliq. *Arcanum* de Léon XIII. Vollet, *Gr. Encycl.*, v° *Mariage*. Sincholle, *Mar. civil*, 1876.

(2) Viollet, p. 429, fait remarquer qu'en attendant qu'on eût organisé le nouveau mode de constater le mariage, certains catholiques répugnant à faire bénir leur union par le clergé constitutionnel, eurent l'idée de se marier devant notaire (avant la L. 1792). La Réveillère-Lépeaux, *Réfl. s. le culte*, an VI.

(3) Maire et adjoints, d'ap. la l. 28 pluv. an VIII. Cf. D. 25 sept. 1792 et Const. 5 fruct. an III, art. 7. Mesures contre le clergé pour éviter qu'il ne reprenne ses fonctions, D. 1792, 6, 2, 5; 7 vend. an IV, 4, 20 et suiv. L. 18 germ. an X ou Articles org. du Concordat, art. 54 (mar. religieux après le mar. civil). En 1816, prop. Lachèze-Murel (Mavidal, *Arch. parl.*, 16, 1), cf. Edit. 1787.

(4) Facilités accordées pour les mariages. D. 1792, 4, 2, 3 : une seule publication huit jours avant la célébration; L. 25 vendém. an II (1 jour franc); L. 7 therm. an VIII rétablit le D. 1792. — Plus d'oppositions frivoles et nécessité de juger dans un délai très bref celles qui émanent du père ou de la mère ou qui s'appuient sur une cause de nullité. — Lieu de la célébration (maison commune). L. 30 germ. an II. L. 18 flor. an X. Célébration du décadi, D. 13 fruct. an VI. 26 prair. an VII. L. 15 flor. an X. *R. cath. Inst.*, 1880.

ties, on s'assure de leur consentement, on établit sur une base solide l'état des enfants et les droits des parents, à tous on constitue d'avance une preuve facile et durable de l'acte le plus important de la vie civile. Mais si, sur les formes de la célébration du mariage, le droit révolutionnaire n'a innové qu'en transportant à des officiers laïques les fonctions du clergé, la nouvelle conception aboutit : 1° A permettre le mariage des prêtres; 2° à introduire le divorce dans la législation civile ; 3° à modifier la théorie des empêchements. Les empêchements d'ordre religieux disparaissent ; le consentement des parents n'est plus nécessaire après 21 ans (1).

§ 4. — *Des empêchements au mariage* (2).

1. — Les **conditions de fond** requises pour la validité du mariage consistaient surtout, en droit germanique, dans le consentement des parents (3) et des époux et dans l'égalité de condition ou tout au moins l'ingénuité de ces derniers (4) : on se montrait

(1) En Russie, le mariage est encore un acte religieux. — En Hongrie, avant la L. 1894, il existait jusqu'à neuf régimes matrimoniaux différents, autant que de cultes ; un époux catholique n'avait qu'à changer de religion pour acquérir le droit de divorcer. Pour sortir de cette anarchie, il a fallu l'intervention de l'Etat et la création d'une loi civile, sorte de terrain neutre où tous les cultes se rencontrent. *Gr. Encycl.*, v° *Mariage* (art. de Lehr.)— — Espagne : législation double, civile et religieuse.

(2) Pont. de Léon, *de imp.*, 1645. Nesti, *de dir. imp.*, 1786. Apel. *de causis matr. annul.*, 1798. Moser, *de imp.*, 1837. Feije, *id.* 1875. Mansella, *De impedim. matrim. dirim.*, 1881. Weber*, *Ehehind.*, 1884, 5e éd., 1898. Horoy, *Des nullités du mar.*, 1884. Allègre, *Impediment. matrim. Synopsis*, 1888 (pratique actuelle). — Schupfer, *Arch. giur.*, I, 35. Lœning, II, 542. Moy, § 170. Freisen, 220. Esmein, I, 203; II, 240. Scherer, *Eher. d. Ben. Levita*, 1879. Pollock et M., II, 383. Thaner, *Abälard u. d. can. R.*, 1900. D'Espinay, *Infl. du dr. can.*, p. 57 s.

Sur cette matière, comme sur le mariage en général, voy. surtout les textes et les auteurs de droit canon, les casuistes, les traités spéciaux (Boileau, etc.), les Dictionnaires (Pontas, *Dict. des cas de conscience*, etc.), les Conférences ecclésiastiques (de Paris, d'Angers, etc.). Il n'en est guère question dans les Coutumiers qu'à propos de la détermination de l'hoir loyal. Beaum., 18. Ass. de J., *C. d. B.* 158. *Siete Part.*, 4, 4, etc. Au dix-septième et au dix-huitième siècle seulement, des jurisconsultes, comme Pothier, traitent *in extenso* du mariage. Encore est-ce l'exception. (Cf. Domat, Poullain du Parc, Argou, etc.). Bourjon, *Dr. com. de la Fr.*, 1, 3, 2. Denisart, v° *Mariage*.

(3) *Wis.*, 3, 1, 1 (Ant.); 3, 2, 8. *Roth.*, 195, *Liut.*, 120. Grimm, 436.

(4) *Wis.*, ib. (mariages entre Goths et Romains permis). Meynial, p. 31. Cf. ci-après, Mésalliance. Kœhne, *Geschlechtsverb. d. Unfreien i. fr. R.*, 1888

hostile aux unions entre personnes appartenant à des classes différentes de la société ; à tous autres égards, le droit était peu sévère. L'Eglise chrétienne s'inspira d'idées tout opposées ; elle ne tint pas compte de la condition sociale, puisqu'à ses yeux tous les fidèles sont égaux en Dieu ; en revanche, elle attacha une importance capitale à la condition religieuse des époux, si l'on peut parler ainsi, et à la moralité du mariage ; sous ces deux rapports, elle multiplia beaucoup trop les empêchements, contrairement à sa tendance habituelle, qui est de faciliter l'accès des sacrements ; en dehors des raisons d'ordre religieux (1) ou moral (2) qui la déterminèrent, elle trouva dans cette extension systématique des obstacles au mariage un moyen de suppléer à l'absence du divorce (3). Sur un point où le droit canon se montrait facile, à propos du consentement des parents, la législation royale fit revivre, d'accord avec les mœurs, les principes du droit germanique et du droit romain ; le consentement de la famille fut rigoureusement exigé. Pour le droit canon, le mariage était un sacrement ; pour le droit monarchique, l'union de deux familles ; pour le droit révolutionnaire, ce fut un contrat entre deux individus et on l'assimila autant que possible aux contrats ordinaires en supprimant les empêchements d'ordre religieux ou ceux qui étaient tirés de l'ancienne organisation de la famille (4).

2. — **Division des empêchements.** — La distinction des empêchements en deux classes, dirimants et prohibitifs (5), est

(*Unters.* de Gierke). Glasson, 3, 28. A Naples, prohibition du mariage avec une *persona turpis*. Cod. Just., 5, 5, 7 *Secùs*, dr. canon (acte méritoire). Quelquefois il a été interdit aux bourgeois d'une ville de se marier avec des étrangers.

(1) Différence de culte, vœux monastiques, etc.

(2) Ci-après, voy. chacun des empêchements en particulier.

(3) Cf. Ci-après, Dissolution de mariages pour des raisons politiques. On a prétendu, à tort selon nous, que l'Eglise avait multiplié les empêchements dans un but intéressé, afin de pouvoir accorder des dispenses et de se faire payer, pour leur concession, les rétributions d'usage (*vera et genuina ratio, quia summus pontifex pecunia indiget*). Mais il se peut que ces préoccupations fiscales n'aient pas été étrangères au maintien d'empêchements créés dans un tout autre but.

(4) L. du 20 sept. 1792. Cf. projets de C. civ. dans Fenet, I, 18, 108, 159, 330.

(5) Impedimenta dirimentia :

Error, conditio, votum, cognatio, crimen,
Cultus disparitas, vis, ordo, ligamen, honestas,
Si sit affinis, si forte coire nequibis,

l'œuvre des Cours d'Eglise: appelées à se prononcer sur la validité des mariages, elles reculèrent souvent devant l'annulation: ce fut là un premier correctif à la multiplication des empêchements.

3. — **Empêchements dirimants** (1). — 1° **Absences ou vices du consentement** (2). Le consentement fait défaut, par exemple en cas d'ivresse ou de folie (3), ou encore lorsque l'un des conjoints a feint de consentir (4). Même depuis Trente, aucune formule sacramentelle n'est imposée. Les vices du consentement sont l'erreur (5), la violence et le rapt. Pour constituer un empêchement au mariage, l'erreur (6) doit porter sur la personne ou sur la condition: si elle porte sur les qualités ou sur la fortune, elle est indifférente (7). L'*error personae* consiste

Si parochi et duplicis desit praesentia testis,
Raptave sit mulier nec parti reddita tutae,
Hæc facienda vetant connubia, facta relaxant.

Imped. impedientia :

Ecclesiae vetitum, nec non tempus feriatum
Atque catechismus, sponsalia, jungito votum,
Impediunt fieri, permittunt facta levari.

Ces dénominations se trouvent dans Bernard de Pavie. Freisen, 223. Esmein, I, 75 : dans Yves de Chartres.

(1) La liste en est fixée dès le treizième siècle au moins.

(2) Launay, *Inst.*, 2, 5. Scaduto, *Consenso n. nozze*, 1885. Freisen, 229, 257, 276. Esmein, I, 302.

(3) Gratien, **C**., 15, q. 1, c. 7 : **C.**, 32, q. 7, c. 26. **X**, 4, 1, 24. Pothier, n° 92. Validité du mariage contracté pendant un intervalle lucide (Gratien, **C.**, 7, q. 1, c. 14; Bardet, 2, 467), du mariage des sourds-muets (**X**, 4, 1, 23. Arr., 16 janvier 1658), d'après Hostiensis.

(4) La nullité du mariage sous prétexte que l'un des époux avait feint de donner son consentement, mais n'avait point consenti en réalité, était peut-être une nécessité dans le système du mariage *solo consensu* (**X**, 4, 1, 26); depuis le Concile de Trente, il aurait fallu l'écarter. Elle se maintint cependant, si bien que Napoléon I^er^ put l'invoquer devant l'Official de Paris pour fonder la demande en nullité de son mariage avec Joséphine. Cf. *Acta S. Sedis*, 1885, 28, 14. Henri IV et Marguerite de Valois.

(5) Stahl. *De matr. ob err. resc.*. 1841. Halfes. *De imp. err.*, 1861. Daller, *Irrth. als Ehehind.*, 1862. Leonhard, *Irrthum*, 1882. Gerigk, *Irrthum u. Betrug als Ehehind.*, 1897. Gaugusch, *Irrth. als Eheh.*, 1897, Andreae, 1893.

(6) Et non le dol. *Secùs*, Eglise évangélique.

(7) Qualité : folie incurable, peine infamante, grossesse de la fiancée du fait d'un tiers, prostitution, roture, etc. **X**, 2, 24, 25, etc. Bardet, 2, 45. Pothier, n° 313 (arrêt validant le mariage avec un galérien en rupture de ban). La qualité peut être mise *in conditione* d'après le droit canon (*copula purificatur pendente conditione*). — Dans l'ancien *for de Navarre*, 4, 2, si la fiancée n'était pas vierge, le mariage était rompu (preuves analogues à

dans l'erreur sur l'identité physique de l'un des conjoints (1) ou dans une erreur sur des qualités si essentielles qu'elles font que le conjoint est une personne autre que celle qu'on croyait épouser; ces qualités sont celles qui constituent l'état civil des personnes (2). (P. ex. on se dit faussement fils de tel prince.)

L'*error conditionis* n'existe que si l'on épouse un esclave (3) que l'on croit libre. La violence n'est un empêchement que si elle est *adversus bonos mores* et peut agir *in constantem virum* (4). Le **rapt de violence** (5) est aussi un empêchement (6); quoique

celles en usage chez les Arabes). Kornmann, *De virginitate*, 1765. Saint Jérome, I, *c. Jovin.* Bédier, *Tristan et Iseult.* Thaner, *Abälard u. das conon. Recht.*, 1900, *Legre v. Error qualit. Akad Wien.* (*BCh*, 1902, 377).

(1) Exemple classique : mariage de Jacob et de Lia, alors qu'il croyait épouser Rachel.

(2) *Error qualitatis redundans in personam.* Huc, *Le Code civil ital.*, I, p. 51. Cf. C. civ., art. 180 : erreur *dans la personne*. Héricourt, *Loix ecclés.*, G, 76. Cabassut, *Theoria et praxis*, p. 351 : *Titius contraxit cum filia Johannis quae falso se dicebat filiam Petri qui est praeses provinciae.* Esmein, I, 314. — Un jeune homme se présente comme fils du roi de France; la jeune fille croit épouser le fils du roi de France (qui existe, qui pourrait ratifier le mariage) et ne consent pas à épouser la personne présente; *secùs*, s'il se présente comme fils du roi en général. Stahl, *De matrimonio ob errorem resc.*, 1841. Thaner, *Wien-Ak.* 1889. Sehling, *D. Z. f. K.* I, 51.

(3) Et non un serf. Ci-dessus, p. 507, n. 3; 585, n. 1; 760. Gratien, **C.**, 29, q. 1, c. 4 et 6, **X**, 4, 9. *Fuero Real*, 4, 11.

(4) **X**, 4, 1, 28. Scaduto, 432. La crainte révérentielle ne suffit pas. Sanchez, *De matr.*, 4, 12. — Mariage validé *ex nunc* par le consentement ou la *copula*, après la cessation de la violence; consentement tacite par la cohabitation d'un an et demi. **X**. 4, 7, 2; 4, 18, 4. Cf. cep. Arr. 24 avril 1651 (Soefve, I, 3, 74). Depuis Trente, une nouvelle célébration fut nécessaire. Oliverio, *De null. matr. ex defectu consens.*, 1609. Giordano, *Matr. contr. vi*, 1842. Ploch, *De matr. vi ac metu contr.*, 1853. Cf. P. de Font, 15, 60. La simple crainte révérentielle n'est pas un empêchement. Conc. Trente, s. 24, 9. Le mariage contracté sous l'empire de la violence cesse d'être attaquable pour cette cause lorsqu'il est consommé librement ou que la vie en commun persiste sans contrainte pendant un an et demi. **X**. 4, 1, 21. — Sur le viol, cf. *Miroir de Souabe*, c. 33, 87, 196. *TAC. Norm.*, 50. Ci-après, p. 1033, n. 3. Bout. 2, 8.

(5) Colberg, *Entführ.*, 1869. Scaduto, § 12, 23, 178. Freisen, 567. Du Plessis de Gr. *Autor. pat.*, 227, 392.

(6) Esmein, I, 391; II, 250. Dargun, *Mutterrecht u. Raubehe*, 1883. Peines atroces sous le Bas-Empire, tant le rapt était fréquent. Cod. Théod., 9, 24. Cod. Just., 9, 13. Nov. 143, 150. *Wis.*, 3, 3. Mort du ravisseur. Conciles : Chalcédoine, 451, c. 27. Paris, 557, 6. Gratien, **C.**, 36, q. 2. Meaux, 845, 64 : *raptores sine spe conjugii perpetuo maneant. Capit.*, 817, 23; 819, 9; 6, 60, et 7, 395. — Tendance opposée (faveur du mariage, loi judaïque qui valide après coup moyennant le consentement des parents. Sénèque, Quintilien

la violence initiale ait cessé, tant que la femme enlevée est entre les mains du ravisseur (1), elle est censée incapable d'émettre un libre consentement. Le **rapt de séduction** (2) fut assimilé par la jurisprudence française au rapt de violence : dans son désir d'empêcher les mariages contractés par les mineurs sans le consentement de leurs parents, elle alla jusqu'à établir la présomption que cette sorte de rapt existait dans tout mariage de ce genre.

4. — II° **Le consentement des parents au mariage** (3) était requis aussi bien par la législation romaine (4) que par les Cou-

disent que la fille ravie a le choix de forcer le ravisseur à l'épouser ou de réclamer sa mort). Gratien, **C**, 36, q. 2; mariage permis si le père ne s'y oppose pas. **X**, 5, 17, 7 : validité du mariage, pourvu que le consentement de la femme ait été libre, même si elle se trouve en la puissance du ravisseur. **X**, 5, 17, 6. Innocent III, avant 1210. Yves de Chartres, *Ep.*, 19. — Trente, s. 24, c. 4 : le mariage n'est pas possible tant que la fille ravie est au pouvoir du ravisseur; si elle n'y est plus, elle peut consentir au mariage (peines contre le ravisseur, excommunication, infamie). Ord. 1579, 41; 1629, 169; 1639, 5. Arr. 1681. Horry, *Mar. chrétien*, p. 159. Muyart de Vouglans, *Lois crim.*, 3, 4. Guyot, Ferrière, *h. v°*. — Alais, 16. Montp., 85. Nav., 4, 3. Labourt, 19, 10. — Ass. de J., *C. d. B.*, 134. *L. d. droiz*, 226. *G. C. Nom.*, 33, 11. Bout., 1, 39, etc.

(1) Viol : mort, castration, peine arbitraire dans l'ancien droit; quelquefois l'auteur du viol doit procurer à la femme outragée un mari comme celui qu'elle aurait eu sans le viol, ce qui revient à la doter. *For de Navarre*, 24, 6. Lagrèze, *Dr. d. Pyrénées*, p. 311. C. de Barcelone, 108. *L. d. droiz*, 659, etc.

(2) Ord. 1579, art. 40; 1629, 39, 169; 1639; 22 novembre 1730. *Encycl. méthod., Jurisprud.*, VII, 198. Durand de Maillane, *Dict. de dr. canon., h. v°*. Fournel, *Tr. de la séduction*, 1781. Duguit, *NRH*, 1886, 586. — Cf. Rozière, *Form.*, n° 241. — Sur le droit canon. Van Espen, 2, 13, 10; 3, 4.

(3) Gibert, *De doctr. canon. c. requis. parentum cons.*, 1709. Würffel, *De parent. cons.*, 1740. Valsecchi, *De spons. ad inst. par. a filio f. contr.*, 1710. Muscettula, *De spons. et matr. q. a filio f.*, 1762, 1772. Heyer, *De cons. par.*, 1863. Scaduto, *Il consenso n. nozze*, 1885. Vantroys, thèse, 1889. Stobbe, *D. Privatr.*, § 254. Freisen, 227, 308. Esmein, I, 211. Duguit, *NRH*, 1886, 587. Viollet, 402. Ci-après, bibl. sur la Puiss. pat., la tutelle, la majorité.

(4) Comme une suite de la puissance paternelle tout d'abord; sous le Bas-Empire, à défaut du père, la mère, les proches parents interviennent (Cod. Just., 5, 4, 18 et 20), de sorte que le consentement de la famille semble requis dans un but de protection pour l'enfant. Cod. Théod., 3, 7, 1. Meynial, p. 18 et suiv. Désaccord : le prince ou le juge tranchent le différend. Cf. pouvoirs des rois francs. *Chlotar. Praec.*, 7 et 18 (*viduae* et *sanctimoniales*, comme en dr. rom.). — Une méprise sur le sens d'un célèbre passage de Paul, *Sent.*, 2 (19), 20, 2, *Int.* (cf. Sirmond, *Form.*, 16; Rozière, 241 et suiv.), porta à ne voir dans l'absence de ce consentement qu'un empêchement prohibitif; Paul disait : ceux qui sont *in potestate patris* ne

tumes germaniques (1). On est surpris de voir que le droit canon se soit écarté sur cette question des deux législations auxquelles il a surtout emprunté. Ce ne fut pas sans hésitation qu'il en vint là (2). Gratien enseigne encore que les fiançailles et le mariage des enfants ne sont pas valables sans le consentement du père (3). Mais son contemporain, Pierre Lombard, est d'avis contraire : le consentement des époux, à lui seul, constitue le mariage (4). La distinction entre la *desponsatio* où figuraient les parents et la célébration du mariage où les époux intervenaient seuls favorisa le triomphe de cette solution; comme les fiançailles finirent par ne plus être nécessaires, le consentement des parents passa au rang des empêchements qui n'étaient que prohibitifs (5). L'Eglise s'efforçait de faire prévaloir la règle que, quant aux choses spirituelles, l'enfant était, dès sa puberté, soustrait à la puissance paternelle (6): on lui permit d'entrer en religion malgré son père, ce qui constituait une sorte de mariage spirituel. Au concile de Trente, la question fut discutée sur la demande des représentants de la France;

peuvent se marier sans le consentement du *pater*, mais l'intérêt public exige que le *pater* ne puisse rompre le mariage auquel il a consenti, tandis qu'anciennement il en avait le droit; on entendit ce texte en ce sens que le mariage contracté malgré le *pater* ne pouvait être dissous (*sed contracta non solvuntur*). Meynial, 19, n. 4. Petrus, I, 31, 19, exige absolument le consentement du père. Vantroys, p. 77.

(1) Fiançailles. Consentement du *mundoaldus* (père, tuteur). Cf. droit franc, intervention de la mère. *Cap.*, I, § 6, *ad L. Sal. extrav.*, A, 1. Hincmar, *de div. Loth.*, 5 (Migne, *Patr. lat.*, 25, 717). Ficker, *Milth. Œst. Gesch. f.*, II, 455, 1888. *Majestas Carolina*, c. 85 (Bohême, XIV^e^ s. Jirecek, *Cod. Jur. Bohem.*, 2, 2, 168). Dareste, *Etudes, passim.* Pertile, § 108, n. 57. Lattes, p. 231 et suiv.

(2) Tertullien, *ad uxor.*, 2, 9 (consentement du père). **C.**, 30, q. 5, c. 7. Canon *Aliter*, ci-contre, p. 1021. Gratien, **C.**, 30. q. 5, c. 1. Canon *Nostrales* ou rescrit de Nicolas I^er^ aux Bulgares, **C.**, 30, q. 5 c. 3.

(3) **C.**, 31 et 32; 35, q. 6, c. 2. Cf. *Capit.*, 7, 463. P. Lombard, *Sent.*, IV, D. 28, *b*. **X**, 4, 5, 6. Trente, s. 24, 1 (Migne, *Patr. lat.*, 192, 915). L'Eglise d'Orient exige le consentement du père pour le mariage de l'enfant *alieni juris*, et même parfois celui de la mère ou des parents pour le mariage de la fille *sui juris*.

(4) *Sent.*, IV, D. 28. *b* (Migne, *Patr. lat.*, 192, 915). **X**, 4, 5, 6. Trente, s. 24, 1 (à partir de 14 et 12 ans). Liberté des contractants, idée de sacrement.

(5) Evolution analogue en ce qui concerne le consentement du maître au mariage des esclaves. **X**, 4, 9, 1. Conc. Trente, 24, 1. Freisen, 283. Scaduto, 338.

(6) Cf. Puissance paternelle.

le Concile s'en tint à la doctrine classique de l'Eglise, mais en interdisant les mariages clandestins, il empêcha indirectement beaucoup d'unions qu'on ne cachait que parce qu'elles étaient contraires aux vues des parents (1).

Réforme insuffisante, étant donné les vieux usages et les mœurs (2). Le **droit monarchique** alla beaucoup plus loin (3). Les Ordonnances du seizième siècle (4), et tout d'abord l'édit de Henri II de février 1556 (5), obligèrent les fils à se munir du consentement des parents (6) jusqu'à trente ans, les filles jusqu'à vingt-cinq ans (7) : passé cet âge, il leur suffit de requérir leur avis et leur conseil (8). La sanction de ces règles fut fort

(1) Le concile se borna à réprouver ces mariages, mais n'osa pas les annuler de crainte de pousser à la débauche et par respect pour la liberté des âmes. Cf. dr. anglais, Glasson, *Inst. Angl.*, VI, 172.

(2) Beaum., 15, 31 ; 21, 12. *Et. de saint Louis*, I, 67 (mariage par le père ou la mère survivants sans le conseil des parents). Ci-après.

(3) L'Etat, disait-on, peut régler les conditions du contrat civil, qui est la matière du sacrement, et créer des empêchements dirimants. Sur les théories protestantes, cf. Strampff, *Luther*, 304, 325. Böhmert, *Jus. eccles. prot.*, 1738.

(4) Edit fév. 1556 ; Ord. Blois, 1579, 40 ; Ed. 1606 ; Ord. 1629, 39 ; Ord. 1639. Arr. 1651, 1659. — Mellier, *Edit d'Enri II*, 1558 ; Coras, *Paraphrase s. l'Edit* —, 1579. Pulvaeus, *De nupt. s. parentum cons.* 1578. Pasquier, *Rec. chronol. conc. les mar. clandestins*, 1660. Le Merre, *Justif. des usages s. les mariages des enf. de famille*, 1687. Le Conte s. l'Edit de 1556 dans Néron et Girard, I, 351. Le Prestre a fait deux traités sur les mar. cland. Horry, *Obs. s. les Edits*, 1692. Muyart de Vouglans, *Loix crim.*, 3, 4. *Fors de Navarre*, 24, 3 (nullité du mariage, exhédération). Labourt, 12, 14. Isamb., XI, 569 (Bret., 1510).

(5) Rendu à l'occasion du mariage Montmorency de Piennes. De La Ferrière, *Correspondant*, 10 août 1885. *NRH*, 1886, 605. Cf. Préambule de l'Edit. Isambert, XI, 569 (mar. des mineurs en Bretagne). Lettres de Pasquier, III, 1.

(6) Du père et de la mère ; mais en cas de désaccord, la volonté du père est seule à considérer. Si le père est mort, la mère non remariée doit consentir. Boutaric, *Inst.*, 1, 10.

(7) Fevret, *Abus*, 5, 2, 13. *Secùs* Héricourt, 3, 5, 2, 75, qui ne distingue pas entre les filles et les garçons et n'annule le mariage pour les uns et les autres que s'il a été contracté avant vingt-cinq ans. Julien, *Elém. de jur.*, p. 19 et suiv.

(8) Conseil de la mère qui se remarie. Procédure : Arr. 27 août 1692 : requête au juge royal à fin de faire aux père et mère des *sommations respectueuses* de consentir au mariage avec telle personne ; sur la permission du juge, l'enfant se transporte avec deux notaires ou un notaire et deux témoins pour requérir le consentement ; le notaire dresse acte. — La Décl. 1639 exige le consentement des parents pour la publication des bans. L'Ord. de Blois avait prescrit cette publication surtout pour éviter les mariages conclus contre le gré des parents. — Gibert, *Consult. s. le mar.*, 1727. Launoy, *op. cit.*, p. 1032.

rigoureuse : — *a*) Faculté pour les parents d'exhéréder (1) l'enfant marié malgré eux et de révoquer les donations à lui faites (édit 1556) ; déchéance de plein droit (2) de la succession et des avantages résultant du contrat de mariage, du testament, des coutumes (Décl. 26 nov. 1639) ; — *b*) peines arbitraires contre les enfants et leurs complices : ces derniers furent punis comme *fauteurs de rapt*, d'après l'ordonnance de Blois, 1579, art. 40 ; — *c*) nullité du mariage du mineur, prononcée non par les Ordonnances (3), mais par la jurisprudence (4), parce qu'il était présumé entaché de rapt (5). — Quand le consentement des parents n'avait pas été requis (sommation respectueuse) (6) par le fils âgé de plus de trente ans ou la fille âgée de plus de vingt-cinq ans, l'exhérédation était possible, mais le mariage n'était point annulé (7). A défaut des père et mère (8), le mineur en tutelle avait besoin du consentement de son tuteur qui le donnait après avoir pris l'avis de la famille (9). La nullité du

(1) Peine de l'exhérédation à Rome pour ce cas. Cod. Théod., IX, 24, 1. Nov. Just., 115, 3. *Wis.*, 3, 2, 8, et 4, 7. *Burg*, 12, 5. Papien, 9, 2. *Liut.*, 5, 19. *Thur.*, 47. — F. de Daroca, 1142. — P. de Font., 23, 33. Marnier, *Amiens*, p. 158. Beaum., 12, 17. *Bord.*, 43. *Auv*. 12, 36. Poullain du Parc, *Princ.*, I, 116. Pothier, *Succ.*, 1, 4, 1 : une fille ne serait pas exhédérée pour s'être laissée séduire *1 ou 2 fois* (*sic*), mais seulement pour s'être prostituée. Cf. exhérédation, puiss. pat.

(2) La jurisprudence n'observe pas cette règle à la rigueur. Boutaric, *Inst.*, 1, 10, 3.

(3) Cf. cep. Ord. 1629, art. 39. Louet, *M.* 6. Vantroys, thèse, p. 264 : détails sur l'établissement de cette jurisprudence, sur ses variations.

(4) Le fils âgé de plus de 25 ans et de moins de 30 ans qui se marie sans obtenir le consentement de ses parents encourt l'exhédération ; mais son mariage n'est pas nul. Arr. 2 juill. 1660. A partir de 25 ans, le garçon qui n'a ni père ni mère n'a à requérir de conseil de personne, Ord., 11 août 1716.

(5) Ci-contre, Rapt de séduction. D'après Boutaric, *Inst.*, 1, 10, 3, l'exhérédation et la nullité du mariage ne concouraient pas ; il fallait choisir entre elles. D'Aguesseau, 1772, IV, 674. Vantroys, p. 291.

(6) Denisart, v° *Somm. respect.*

(7) Décl. 1639. Edit mars 1697. Cf. Arr. 6 août 1661 ; 27 août 1692.

(8) Mort, absence (on ne sait où ils sont), mort civile. Décl. 6 août 1686 ; 24 mai 1724, 16. Le juge ne peut que très difficilement suppléer au consentement des parents présents et, par exemple, préférer la volonté de la mère et des parents à celle du père. Les enfants naturels ont besoin du consentement de leur tuteur tant qu'ils sont mineurs ; ils ne sont pas sous la puissance paternelle et n'ont ni à obtenir ni à requérir le consentement de leurs père et mère. Pothier, *Mariage*, 1, 1, 2, 3.

(9) Beaum., 15, 31 : les parents se font donner une sûreté par le bail ou le gardien, qu'il ne mariera pas le mineur sans leur conseil ; s'il s'y refuse, la garde lui est ôtée. Cf. 21, 12 (id. père ou survivant, mère). Ord. Blois, 43.

mariage contracté sans ce consentement n'était pas aussi aisément prononcée que si le consentement des parents avait fait défaut (1).

Les **lois révolutionnaires** fixèrent la puberté à quinze et treize ans, et n'obligèrent à se pourvoir du consentement du père (à défaut, de la mère : à défaut encore, d'un conseil de cinq parents ou voisins sous la présidence du maire) que jusqu'à vingt et un ans accomplis (2). L'unique peine pour ceux qui ne se conformaient point à ces dispositions était la nullité du mariage (3).

4 *bis*. — Du consentement des parents on peut rapprocher le **consentement du roi** au mariage des princes du sang (4), l'intervention des rois francs dans le mariage de leurs sujets (5) et

Convocation devant le juge. Décl. 6 août 1686 (parents émigrés pour cause de religion : consentement du tuteur et des six plus proches parents et alliés, ou, à défaut, amis et voisins). Boutaric, *Inst.*, 1, 10. — Bret., 496 (mère, tuteur et proches parents avec l'autorité de justice). *Placités de Norm.*, 32 (mère tutrice doit être autorisée).

(1) Seuls, les père et mère ont le droit d'attaquer le mariage, d'après la jurisprudence. Dès lors, leur consentement donné après coup valide le mariage : c'est une renonciation à l'action en nullité. Boutaric, *Inst.*, 1, 10.

(2) Id. en dr. anglais. Glasson, *Inst. Anglet.*, VI, 172.

(3) L. 20 sept. 1792. Le D. 7 sep. 1793 : le C. de famille se compose de proches parents *qui ne sont pas héritiers présomptifs;* s'il s'oppose au mariage, au bout d'un mois, le mineur peut passer outre, à moins que l'opposition ne soit fondée sur le désordre notoire des mœurs ou sur la non réhabilitation après jugement entraînant l'infâmie du futur conjoint. Sirey, *Lois civiles interméd.*, I, 380. — Réaction dans le sens de l'ancien droit dans le Code civil : puberté à 18 et 15 ans, consentement des parents jusqu'à 25 et 21 ans, actes respectueux.

(4) A l'origine, surtout parce que le roi est chef de maison (Cf. ci-dessus : droit des familles princières de l'Allemagne); dans la suite, pour des motifs politiques et parce que le mariage d'un héritier du trône n'est pas indifférent à l'État. Isambert, XI, 447, 453; XVI, 413. Lebret, 1, 8. Durand de Maill., *Dic.*, 4, 36. Arr. sept. 1634 annule le mariage de Gaston d'Orléans et de Marguerite de Lorraine, parce qu'il avait été contracté sans le consentement du roi. Les docteurs de Sorbonne hésitent cependant, car il n'y avait pas de loi. On le réhabilita en 1647. *Mémoires* de Math. Molé, II, 214. Résurrection de ce droit par Napoléon. Sénatus-consultes, 18 mai 1804, 12 et 7-10 nov. 1852, 6.

(5) Ci-dessus, Violence. Origine romaine? Lampride, *Alex. Sév.*, 42. Cod. Théod., 3, 10, 1. *L. Rom. Cur.*, 1, 3. Meynial, p. 27. Origine germanique? Post, *Bausteine*, II, 123. — En 614, la *Praeceptio* de Clotaire II, 7 et 18, abolit ce droit, ou plutôt cherche à mettre un terme aux abus auxquels il donnait lieu. Conc. Orl., IV, 541, 22 (Bruns, 2, 205). *Wis.*, 3, 3, 11; 3, 5, 1. Brunner, II, 56. Viollet, 411. Lœning, *D. Kirch.*, 2, 605. *Acad. sc. Toulouse*, 1895 (tutelle des femmes, 16). Cf. Du Plessis de Grenédan, *Autor.*

enfin celle des **seigneurs** au mariage de leurs vassaux (1) ou de leurs serfs (2). Le concile de Trente et l'Ordonnance de Blois, 1579, art. 281, durent interdire ces abus de la part des seigneurs (3); mais jusqu'à la Révolution il resta dans les mœurs quelque chose du vieux droit aboli.

5. — III° **Incapacité**. — 1° *Impuberté* (4). Les filles jusqu'à douze ans, les garçons jusqu'à quatorze, sont présumés impubères (5) : le mariage serait cependant valable en cas de puberté de fait antérieure à cet âge (*malitia supplet aetatem*) (6). La cohabi-

pat., p. 248. Grimm, 437. Dans la suite, le roi marie de force les filles des seigneurs; exemples dans les vieilles épopées comme Raoul de Cambrai, et dans la vie réelle (Louis XI, Louis XII). Viollet, p. 411 et suiv., qui cite Tagereau, *Praticien fr.*, 1647, p. 624. Même droit pour l'empereur (ex. en 1232 pour Francfort, Bœhmer, *Cod. Dipl. Francof.*, I, 55), pour le roi d'Angleterre, etc. Pertile, § 108, n. 59 et suiv.

(1) *TAC. Norm.*, 11, 4; *Gr. C.*, 33; *Norm.*, 231. J. d'Ibelin, 227 et suiv.; 171 et suiv. *Et. de saint Louis*, édit. Viollet, 3, 357. — Ci-dessus, p. 717. — Rappelons le passage célèbre des *Assises de Jérusalem* où J. d'Ibelin nous montre le seigneur présentant trois barons aux choix de sa vassale, c. 227. Granville, 7, 12 : *sine dominorum dispositione vel assensu, nulla mulier heres terre maritari potest... ne de inimico suo vel alio modo minus idonea persona homagium de feodo suo cogatur accipere* (*dominus*). Cf. Glasson, *Hist. du dr. de l'Angleterre*, II, 207. Pollock et Maitland, I, 299. Le droit seigneurial disparut assez tôt en France, au moins en général, et la vassale eut la faculté de se marier librement. *Olim*, IV, 56, 8. Charroux, 1247, 11. Montp. 84. Bretagne, 678.

(2) Ci-dessus, *Droits féodaux*, t. I. Nombre de Coutumes méridionales du douzième et treizième siècles concèdent aux habitants la liberté du mariage. Bacquet, *Aubaine*, 1, 4. *Code matrim.*, 1, 217. Thudichum, *Ueb. unanläss. Beschränk d. Verehelich*, 1866. *Ord.* XI, Table v° *Mariage*. — Sur le *droit du seigneur*, ci-dessus. Raepsaet, *id.*, 1878.

(3) Bulle de Pie IX, *Apostolicae sedis*, 1869. — Viollet, p. 414, rapproche de ces faits les mariages imposés au Canada, dix-septième siècle : on y expédiait de la métropole des cargaisons de filles publiques, et dans les quinze jours du débarquement, tous les célibataires devaient prendre femme parmi elles. Cf. Manon Lescaut. — Rapprocher aussi le mariage des militaires de nos jours.

(4) Hörmann, *Despons, impuber.*, 1891. **X** et in **VI°**, 4, 2.

(5) Douze et quatorze ans révolus. **X**, 4, 2, 10. Cf. dr. romain (Ulp. 11, 28). Beaum., 15, 29 (10 ans). Cf. Puberté tardive chez les Germains (Tacite, 20), Lagrèze, *Navarre*, II, 178 : En Navarre, où l'impôt personnel était dû à partir de la puberté, le saion constatait celle-ci par le mode le plus grossier (en mesurant le poil avec le pouce et en voyant s'il dépassait l'ongle). César, *b. g.* 6, 21. Roth., 155, Liut., 129.

(6) **X**, 4, 2, 3, 8. Montesquieu, *Esprit des lois*, 23, 7. Viollet, p. 415, nous semble donner trop d'importance à la tradition sabinienne. B. de Merville, *Majorités*, p. 516 (1729). *Code matrim.*, 2, 540. — Dispenses possibles (Louis XI). **X**, 4, 2, 2. — Anciennement, on se mariait souvent avant l'âge

tation postérieurement à la puberté efface l'empêchement (1). — 2° *Impuissance* (2). L'idée que le mariage était un remède à l'incontinence et la pratique ancienne du divorce (3) conduisirent l'Eglise à faire un empêchement de l'impuissance (4) (conformément aux théories gallicanes) : encore fallait-il pour cela que celle-ci fût antérieure au mariage (5) et incurable. Ni l'âge chez le mari, ni la stérilité chez la femme ne portèrent atteinte à la validité du mariage (6). Il était facile d'admettre la nullité du mariage pour impuissance (7) : il l'était beaucoup moins de

légal. Cf. *Jostice*, p. 186. *L. d. droiz*, n° 910. Gautier, *Chevalerie*, p. 351. Sur les fiançailles ou mariage des impubères par leurs parents, cf. Pertile, § 108, n. 53. Ci-dessus, p. 16, t. II. Etienne, *Droit de djebr. et mar. des impub. chez les Musulmans*, 1898.

(1) **X**, 4, 2, 10 Boutaric, *Inst.*, I, 10. Pothier, n° 95.

(2) A. Hotman, *Tr. de la dissol. du m. par l'imp.*, 1581. Tagereau, *Disc. s. l'imp*, 1611. Rouillard, *Capitulaire* —, 1600. Grimaldi, *Dissert.*, 1765. Boucher d'Argis, *Null. du mar. p. c. d'impuissance*, 1756 (avec le tr. de Bouhier, 1735). Pasquier, *Inst. de Just.*, p. 63 (Maultrot), *Ex. des princ. s. une quest. matr.* (1788). Richter, § 274 (bibl.). Friedberg, § 145. Freisen, 323. Esmein, I, 232; II, 273. Camus, n°s 1488 s. Horry, *Mar. chrétien*. 1700, p. 237; *Obs.*, p. 80. — Cf. Michelet, *Orig.*, p. 53. Sehling, *op. cit.*, n° 8. *Encicl. giur. ital.*, *h. v°*.

(3) Dr. rom. : D., 23, 3, 39, 1 (dist. entre le castrat et le *spado*); Léon le Philosophe annule le mariage des eunuques. Const., 98. D., 24, 1, 61 : divorce *bona gratia propter sterilitatem, senectutem, valetudinem*. Cod. Just., 5, 17, 10 (impuissance, juste cause de divorce) : temps d'épreuve de deux ans et, d'après la Nov. 22, 6, trois ans. Sehling, *Wirk. d. Geschlechtsgemeinschaft auf d. Ehe.*, 1885. Lœning, *Deut. Kirchenr.*, II, 617.

(4) A° Juste cause de divorce d'après Hincmar (éviter un meurtre), Gratien. **C.**, 33, q. 1. Concile de Compiègne, 757 (le légat du pape, Georges, accepte cette doctrine); Verberie, 758 ou 768 (épreuve de la croix). *Faux Capit.*, 6, 55 et 91. En l'absence de consommation du mariage, l'indissolubilité n'existait pas. — B° La théorie du mariage consensuel fit écarter ce point de vue et l'impuissance devint un empêchement. Cf. Divorce. — C° L'Eglise romaine admettait que les époux devaient vivre comme frère et sœur. *Compil. I^a*, 4, 16, 2. **X**, 4, 15, 2.

(5) L'erreur du conjoint était-elle nécessaire ? Controv. Esmein, I, 240. **X**, 4, 15, 4.

(6) Dans la théorie définitive, on distingue trois sortes d'impuissances chez l'homme : *a*) impuissance naturelle ou accidentelle; *b*) frigidité (Sixte V, *motu proprio* de 1587. Richter, *Conc. Trid.*, 556. Sa femme peut se marier; pour lui, il y a empêchement prohibitif); *c*) impuissance occulte à raison d'un sortilège (le mari *maleficiatus* peut se remarier, car l'impuissance est relative). Hincmar, *De div. Loth.*, 15 (Migne, *Patr. lat.*, 125, 716). *Dec. Capell. Tolos.*, 381. A la fin du douzième siècle seulement, on commença à s'occuper de l'impuissance fort rare chez la femme et, d'ordinaire, relative. **X**, 4, 15, 4, 6. Durand, *Spec.*, P. IV, p. 444.

(7) De là des abus et des divorces déguisés. *Decis. Cap. Tol.*, *l. c.*

savoir quand l'impuissance existait réellement. La pratique oscilla entre deux écueils : ou se contenter de preuves fort incertaines, comme l'aveu des époux (1), les ordalies (2), le serment (3), la cohabitation triennale (4), et dissoudre le mariage arbitrairement, au gré des parties ; ou exiger une preuve sûre, et alors ne reculer devant aucun scandale ; c'est ainsi que l'on en vint à la visite corporelle par experts (5), et qu'au milieu du seizième siècle, la jurisprudence du Parlement de Paris imposa l'épreuve ridicule et honteuse du *congrès* (6) ; un arrêt du 18 février 1677 interdit cette procédure indécente (7). Dès lors, les tribunaux, sans règle sûre, prescrivirent tantôt la visite, tantôt la cohabitation triennale (8). Aujourd'hui, en cas de malé-

(1) Du moins, s'il est en faveur du maintien du mariage. Cf. Beaum., 18, 15.

(2) Conc. Verberie ; cf. c. 1, **C.**, 33, q. 1 ; **X**, 4, 15, 1. Ci-dessus, p. 577. A la fin du douzième siècle, l'Eglise les condamne. **X**, 5, 35.

(3) Serment *cum septima manu* ; c. 2, **C.**, 33, q. 1. **X**, 4, 15, 5. Esmein, II, p. 285, n. 4 (encore en vigueur).

(4) *Supra*, lois de Justinien. *Petrus*, I, 37. *Dec.* d'Yves, 8, 79, 80 ; cf. Burchard, *Dec.*, 9, 44 (**X**, 4, 15, 1). Bernard de Pavie, *Summa*, p. 177. Le temps d'épreuve est inutile si l'impuissance peut être constatée par un examen direct ; on y recourt en cas de sortilège.

(5) Expertise pour constater la virginité de la femme. **X**, 2, 19, 4 (1187), 4, 15, 6 ; Crainte d'erreurs (c. 4, **C.**, 27, q. 1). Par réciprocité, les juges ordonnèrent la visite de l'homme, quand l'expertise fut en usage pour la femme. Cf. Viollet, 432, 2. Reg. de l'off. de Cerisy, 54ª.

(6) Vers 1550. Anne Robert, *Rer. judicat.*, 4, 18. A. Hotman, *Dissol. du mar. par l'impuissance*, 1610 (2e éd.). L'innovation vient des officialités ; dès le quatorzième siècle, quelques canonistes, comme Jean d'André, proposent une épreuve en présence de matrones ; quoique cette opinion ne prévalût pas (Sanchez, *de mat.*, 7, 109, 15 : *res turpissima*, peu probante, nul texte ne la prescrit), elle s'introduisit dans la pratique par l'accord des parties (ce fut le propos d'un impudent, dit Hotman, qui en fournit le premier exemple). Un arrêt du Parl. du 20 janv. 1587 l'ordonna. Cabassut, *Theoria et praxis juris canon.*, 1, 3, c. 25, nº 6 : *in lecto cortinis circumvallato, praesentibus in eoden conclavi matronis et obstetricibus ab ipso judice deputatis, in alio autem contiguo conclavi assistentibus pariter medicis et chirurgis deputatis, per spatium trium quatuorve horarum quibus elapsis, aut si per illud intervallum conjuges aut horum alter assistentes vocaverint, inspiciant assistentes personae deputatae si quae sint congressus signa et ad corporis feminei inspectionem solo admittantur feminae, ad virilis autem soli viri... inscripta referent judicibus legenda et examinanda.* P. de Croos, *France jud.*, 1878-1879, 392.

(7) *J. du Palais*, II, 780. Vives critiques dès le seizième siècle. Cf. Fevret, *Abus*, 2, 106. Voltaire, *Dict. phil.*, *h. v°*. Le marquis de Langeais, déclaré impuissant, se remarie néanmoins et a sept enfants. Cabassut, *op. cit.*, I, 3, c. 25, nº 4. F. de Lamoignon, *Plaid. s. le Congrès*, 1680. Isamb., 19, 174.

(8) *Recueil des pièces au procès de Gesvres, etc.*, 1714. Pothier, 96. Esmein, II, 284. Hermaphrodites, *Acta S. Sedis*, 21, 501.

fice, les canonistes n'admettent pas de nullité parce que l'on ne peut pas prouver que l'impuissance soit incurable et antérieure au mariage: dans les autres cas, s'il est établi que le mariage n'a pas été consommé, la congrégation du concile demande au pape d'user de son pouvoir pour dissoudre le mariage; on évite ainsi des recherches scandaleuses et incertaines, et chacun des époux est autorisé à se remarier.

6. — IV° **Empêchements résultant de la parenté** (1). — 1° *Parenté naturelle.* En partant d'un texte très général du Lévitique, 8, 6, et en exagérant l'horreur de l'inceste, sentiment fort marqué à Rome, l'Eglise en est venue à consacrer, ou peu s'en faut, le vieux système de l'exogamie, la prohibition du mariage dans la parenté (2). L'influence des idées chrétiennes se fait déjà sentir dans la législation romaine, sous le Bas-Empire, par l'interdiction du mariage entre l'oncle et la nièce (3), entre cousins germains (4), entre beau-frère et belle-sœur (5). La tendance rigoriste que trahissent ces innovations s'affirme peu à peu (6) et s'exagère enfin dans le droit canon, au point que le

(1) Richter, § 275 (bibl.). Friedberg, § 146. Lœning, *G. d. d. Kirchenr.*, II, 542. Freisen, 371. Esmein, I, 335; II, 259. Pothier, n^os^ 121. Launay, 2, 6. Luckock, *Hist. off. marr.*, 1894. Huth, *The marr.*, 1893.

(2) *Omnis homo ad proximam sanguinis ejus non accedat ut revelet turpitudinem ejus.* Cf. Nombres, XXXVI, 7 : Tout Israël prendra femme dans sa tribu et sa parenté, *ut hereditas permaneat in familiis.* Ci-dessus, p. 423. — Sur l'ancien dr. rom., cf. Cuq, *Inst.*, p. 211. Cf. Chaisemartin, *Prov.*, p. 298 : *Heirath ins Blut — Thut selten gut.*

(3) En 342. Cod. Théod., 3, 12, 1 (Cf. mariage de Claude).

(4) Cod. Théod., 3, 12, 3 (396); 3, 10, 1 (409). Abrogation dans le dr. justinien, Cod. Just., 5, 4, 19 (405). — Lévit., XVIII, 6-18; XX, 11-21. Deutér., XXVII, 20-23. *Can. Apost.*, 19. Saint Ambroise, *Ep.*, 60 (quoique permis par Moïse, ces mariages sont défendus *quadam voce naturae*). August., *de civ. Dei*, 15, 16.

(5) A l'époque classique, l'alliance en l. collatérale ne faisait pas obstacle au mariage. Cod. Théod., 3, 12, 2 (355) et suiv. Cod. Just., 5, 5, 5 et suiv. — Marc, 6, 18. Conc. Elvire, 306, c. 61; Néocésarée, 314, c. 2; Rome, 384-398, neveu et veuve de l'oncle; Epao, 517, id. Id. dr. juif. 1^er^ Conc. Orléans, 18. *Burg.*, 36. *Acta Sanct.*, 5 oct., III, 59.

(6) Avitus de Vienne et le Conc. d'Epao, 517, c. 30 : défense du mariage pour l'avenir entre cousins issus de germains. Excommunication. Orléans, 538, 10. — Résistances. Greg. Tur., 4, 26 et 9; 5, 2-14. Déc. Childeb., 596, c. 2 (mort pour qui épouse sa marâtre; séparation pour les mariages entre beaux-frères et belles-sœurs, excommunication et au besoin expulsion de la cour, attribution des biens aux parents). Frédég., 54. *L. Sal.*, 13, 2; cf. *Inst.*, c. 3, Cod. Théod., 3, 12. *Alam.*, 39, 1 : alliés, cousins germains; séparation par le juge séculier et confiscation des biens. *Bai.*, 7, 1. *Rib.*, 69, 2. Sickel, *Acta Karol.*, n° 269. Ci-après.

mariage est interdit entre parents (anathème contre qui épouse quelqu'un *de propria cognatione*) (huitième siècle) (1); la règle s'entend ainsi : en ligne directe, prohibition à l'infini (comme par le passé); en ligne collatérale, à l'infini également en théorie et, en fait, jusqu'au septième degré, passé lequel le droit romain ne donne plus d'effet à la *cognatio* (2). Ce n'est pas tout. Chaque peuple calculant la parenté à sa façon, et les Germains ayant un mode de supputation particulier, l'empêchement se trouva démesurément étendu chez eux; le septième degré y équivalait au quatorzième selon les lois romaines (3). L'Eglise s'appropria ce mode de calcul et l'étendit à tous les fidèles. En dehors des raisons de texte et de la répugnance ancienne pour l'inceste (4), les canonistes ont justifié ces prohibitions si étendues : *a*) par des raisons physiologiques; de ces unions, disent-ils, *procreari solent caeci, claudi, gibbi et lippi* (5); — *b*) par des raisons morales : si le mariage était possible entre parents, il serait à craindre qu'il n'y eût plus de réserve et de retenue dans la vie de famille; — *c*) par des raisons d'utilité sociale : le mariage, dit saint Augustin, doit être une semence d'amour, *seminarium charitatis*; ce n'est qu'entre étrangers

(1) *Cap.*, 743, 3 (Boret., I, 28); et à l'Index, v° *Incestus*. Conc. Tours, 567, 21.

(2) Le prêteur appelle à la *bonorum possessio* les enfants nés de cousins issus de germains. Dig., 38, 10, 10; 38, 8, 1, 3. Paul, *Sent.*, 4, 10, 8; 4, 11, 7 (Int.). — Cf cep. Nov. 118, 3. — 2e Conc. Tolède, 531, 5, *Wis.*, 4, 1 : 6e degré seulement. Telle est la règle de l'Eglise d'Orient. Cf. *Wis.*, 3, 5; 12, 2, 6, et 3, 8. Isid., *Etymol.*, 9, 6. Conc. Rome, 721, 9. Agde, 506, 61. Vermer., 758-68, 1 (4e degré). Grég. II, 726 (après le 4e degré); Grég. III, 732 (7e degré) Jaffé, nos 1667, 1750); Léon III, 800 (Jaffe, nos 1724, 1912) : lois romaines, vertu du nombre sept. Compiègne, 757 (4e et 3e degré). Mayence, 813, c. 54 (4e degré). Worms, 868, c. 78. *F. Capit.*, 6, 130, 229 (7e degré). Douzy, 874. Cf. *L. Sal.*, 44. *Rib.*, 56, 3. *Bai.*, 14, 9, 4. *Roth.*, 153. Lœning, II, 255. Stobbe, V, 282. Bluhme, *Abhandl. f. Homeyer*, 1871, p. 11.

(3) Cf. Hérésie des incestueux. Ci-dessus, *Ecole de Ravenne*, t. I. Gratien, C., 35, q. 5, c. 2. Migne, *Patr. lat.*, 145, 19. Depuis Gratien, ce mode de calcul fut généralement admis. Beaum., 19 (mêmes résultats que le dr. canon).

(4) Peines de l'inceste. Cod. Théod., 3, 12 et *Int. Wis.*, 3, 5. *Rib.*, 69, 2. *Burg.*, 36. *Alam.*, 39, etc. Lœning, I, 560; II, 547. Van Espen, III, 4, 48. Ferrière, *Dict. h. v°* et *Inceste spirituel*. Boutaric, 1, 10, 12. Guyot, *h. v°* et les auteurs cités. La législation civile punissait l'*inceste* ou union entre parents au degré prohibé d'une façon plus ou moins grave selon le degré de parenté. *Encicl. ital., h. v°.*

(5) *Faux Capil.*, 7, 179.

qu'il remplit ce but supérieur, les parents étant déjà rattachés entre eux par les liens du sang (1).

7. — Le mode de **supputation de la parenté** admis par les lois romaines fut délaissé en matière de mariage pour le calcul vulgaire, selon lequel on recherchait combien de degrés ou de générations séparaient les parents de l'auteur commun, en ne s'attachant qu'au plus éloigné lorsqu'ils étaient de degré différent (2). Ainsi, deux cousins germains, séparés l'un de l'autre par quatre générations, sont parents au quatrième degré d'après la supputation romaine. Comme ils ne sont séparés de l'auteur commun que par deux générations dans la supputation canonique, ils sont parents au deuxième degré; l'oncle et le neveu sont au troisième degré romain, au deuxième degré canonique (*Tot gradibus collaterales distant inter se quot uterque* (*remotior*) *distat a stipite communi*) (3). Ce procédé grossier se rattache aux usages germaniques (4). Les Barbares représentaient les générations par les articulations de la partie supérieure du corps, un peu comme les enfants qui comptent sur leurs doigts (5). La tête représente les époux; le coude, les enfants; les épaules, les petits enfants; le cou, les arrière-petits-fils; le poignet et les articulations des doigts, les degrés subséquents; les plus proches après ceux-là sont sur l'ongle (6). Du septième degré, en

(1) Raison d'importance capitale au moyen âge. Un mariage peut faire cesser des inimitiés séculaires entre deux familles, donner à un parti d'utiles alliés contre un autre.

(2) *Form. ad Roth.*, 153. Grég. I à Augustin, vers la fin du sixième siècle ou le commencement du septième (authenticité douteuse) (Jaffé, n° 1414). Fin du septième siècle : Pénit. de Théodore, c. 13. Grégoire II à Boniface, 726 (prohibition jusqu'au 4e degré); Grég. III, 732 (7e degré). Zacharie, 747 (le mariage est interdit tant que la parenté est reconnaissable). Compiègne, 757 (l'un des conjoints est au 1e degré, l'autre au 3e). *Wis.*, 4.

(3) *Actae Sedis*, 14, 226 (1884).

(4) *Secùs* Freisen, 436; selon cet auteur, ce mode de calcul serait une création de l'Eglise. — Cf. *Sachsensp.*, 3. Thévenin, *Textes*, n° 46. Laspeyres, *Diss. canonicae computationis*, 1824. Siegel, *Die german. Verwandtschaftsberechnung*, 1853. Delbrück, *Die indogerm. Verwandtschaftsnamen*, 1889. Stutz, *Verwandschaftsbild d. Sachsensp.*, 1890 (bibliog.). Amira, *Recht*, p. 156. Cf. ci-après, Succession. Guyné, *Degrés de parenté*, dans le *Tr. de la Représ.*, 1779. Brunner, *Anglonorman. Erbfolgesystem*, p. 15. Ci-dessus.

(5) *Rib.*, 56, 3. *Roth.*, 153.

(6) *Sachsensp. Landr.*, I, 3, 3. Cf. Gratien, C., 35, q. 5, c. 1 et 2; X, 4, 14, 7. Ci-dessus. Wasserschleben, *Bussord.*, p. 45. Migne, *Patr. lat.*, 140,

remontant jusqu'à l'auteur commun et en redescendant jusqu'au septième degré, on arrive à un total de quatorze degrés. Là s'arrête la parenté et, par suite, l'empêchement. Mais c'est si loin que la parenté est souvent oubliée, méconnue ; les époux ne la recherchent que s'ils sont las du mariage, et alors, pour peu que les juges y mettent de la complaisance, il n'est pas rare de la voir retrouver. Après dix, vingt ans de vie commune, ils se séparent et l'opinion publique ne prend pas le change ; elle appelle divorce ce que la subtilité des juristes ne qualifie que de nullité (1). L'Eglise sentit qu'elle était allée trop loin ; elle commença par remédier au mal en accordant de fréquentes dispenses, puis le concile de Latran, 1215, limita l'empêchement au quatrième degré (en ligne collatérale) pour la raison bizarre qu'il y a quatre humeurs dans le corps (2). C'était encore trop, et la pratique des dispenses persista comme par le passé.

8. — 2° La **parenté civile** (3) entre parents adoptifs avait les mêmes effets que la parenté naturelle (4) ou plutôt les aurait eus si l'adoption avait été pratiquée. — 3° La **parenté spirituelle** (compérage) (5) résultait du baptême ; le parrain et la marraine étaient comme le père et la mère spirituels de l'enfant baptisé ; on interdit le mariage entre eux (Justinien) (6) ;

781 (Burchard, 7, 10). Sur les difficultés, cf. Heusler, 593, 600. Stutz, *op. cit.*

(1) Isambert, I, 184 (Philippe-Auguste) ; III, 309 (Charles IV) ; XI, 313 (Louis XII et Jeanne de France). Cf. Gautier, *Chevalerie*, 353. *Fors de Béarn*, 267.

(2) **X**, 4, 14, 8. Galien, *De elem.*, I, 5 ; 2, 2. Beaum., 18, 7. Sur le droit protestant, cf. Friedberg, § 146, II.

(3) Freisen, 507. Esmein, I, 362 ; II, 261.

(4) Avec moins d'étendue cependant (adoptant ou sa femme, adopté ou sa femme). Cf. **C.**, 30, q. 3, c. 15.

(5) Laurin, *Arch. f. kath. Kirch.*, XV, 226.

(6) Cod. Just., *de nupt.*, 26. Conc. *in Trullo*, 692, c. 53. Rome, 721, c. 4. Compiègne, 753 (la cohabitation devait cesser si l'un des époux tenait un fils de l'autre sur les fonts baptismaux). Mayence, 813, c. 55. *Capit.*, 5, 167 ; 6, 4 ; 7, 179. **C.**, 30, q. 1, c. 2 et 3 (modifie la règle précédente). Au treizième siècle, le mariage est prohibé entre le baptisant et le baptisé et ses parents ; entre ces personnes et les parrains ; entre les parrains eux-mêmes ; entre les enfants des parrains et le filleul (nullité du mariage de Charles le Bel et de Blanche de Bourgogne) ; entre les conjoints survivants des parrains, le baptisé et ses parents. Le Conc. Trente, s. 24, c. 2, limita l'empêchement comme il est dit au texte. Viollet, 435. Friedberg, § 148 (Eglise évangélique).

l'empêchement s'étendit : au huitième siècle, parrain et marraine ne purent ni s'épouser l'un l'autre, ni épouser les père et mère du filleul. Puis, par une réaction analogue à celle qu'on observe pour la parenté naturelle, on restreignit les effets de la parenté spirituelle. Dans la pratique française de l'époque monarchique, le parrain a la faculté d'épouser la marraine (1). — 4° L'**alliance** (2) (*affinitas*) (3) s'établissait : *a)* par la consommation du mariage entre chaque conjoint et les parents de l'autre (4), devenus une seule chair, la parenté de l'un se communiquait à l'autre (5), et par conséquent la prohibition était la même qu'en matière de parenté : depuis le concile de Latran, 1215, elle fut limitée au quatrième degré en ligne collatérale ; *b)* par l'effet d'un commerce illicite (*delictum publicum et notorium*) (6) ; elle fut restreinte aux premier et deuxième degrés par le concile de Trente (s. 24, c. 4) (7). — 5° Un empêchement dit d'**honnêteté publique** (8) résultait : *a)* des fiançailles (9) entre chaque fiancé et les parents de l'autre, car elles sont un

(1) Boutaric, *Inst.*, 1. 10, 60.

(2) *Thes.* Œhlrichs, III, 2. Freisen, 439. Esmein, I, 374 ; II, 262. Friedberg, § 147.

(3) Dr. hébraïque. Lévitique, 18, 6. Stubbe, *Ehe in alt. Testam.*, 60. Cf. ci-dessus. Lévirat. Dr. rom. : D., 23, 2, 14, 4 ; 38, 10, 4, 5. Cod. Just., 5, 4, 17. — Influence chrétienne : en 355, prohibition du mariage entre beaux-frères et belles-sœurs. Cod. Théod., 3, 12, 2 ; 5, 5, 5. *Ann. Ec. sc. pol.*, 1900, 316.

(4) Conception qui se trouve déjà dans saint Augustin († 430), qui prévaut au huitième siècle. **C.**, 35, q. 32, c. 15. Cf. Conc. de Néocésarée, 314, c. 2, prohib. du mariage avec le frère du mari mort (cf. Marc, VI, 18). Eliberr., 305, c. 61 : avec la sœur de la femme morte. Rome, 402, 11 : avec la femme de l'oncle. — Dec. Childeb., 596. — **C.**, 35, q. 2, c. 7 ; **X**, 4, 14, 8. — Cf. Loysel, 134 : *Morte ma fille, mort mon gendre.*

(5) Le droit canon finit par distinguer : 1° l'alliance *primi generis* entre chaque conjoint et les parents de l'autre ; 2° l'*aff. secundi generis*, entre chaque conjoint et les *affines 1i generis* de l'autre ; 3° l'*aff. 3i generis*, entre chaque conjoint et les *aff. 2i generis* de l'autre. Les empêchements résultant de ces espèces d'affinité furent supprimés en 1215. **C.**, 35, q. 10 ; q. 2, c. 12. Pothier, n° 161. Durand de Maill., *Dict.*, v° *Affinité*. — Eglise évangélique, Friedberg, § 147, II.

(6) Première trace dans une lettre pseudo-grégorienne. Hinschius, *Pseudo-Isid.*, 749. **X**, 4, 13, 9. *Affinitas superveniens.* **X**, 4, 13, 6. Hörmann, *Quasi-affinität*, 1897.

(7) Eglise évangélique. Friedberg, § 147, II.

(8) Cf. Pothier, n° 224 (mariage d'un homme avec la belle-mère de sa femme morte).

(9) Dig., 23, 2, 12 ; 14, 4. — Gratien, **C.**, 27, q. 2, c. 15 ; **C.**, 17, q. 2, c. 31. **VI**, 4, 1. — Trente, s. 24, c. 3. *Acta S. Sed.*, 12, 147.

mariage *in spe* et produisent une *quasi affinité;* le concile de Trente le restreignit au premier degré et le subordonna à la validité des fiançailles; *b)* d'un mariage non consommé (1).

La loi du 20 septembre 1792 interdit simplement le mariage : *a)* à l'infini entre parents ou alliés en ligne directe; *b)* entre frère et sœur en ligne collatérale. Tous les autres empêchements résultant de la parenté disparurent.

9. — V° **Incompatibilité du mariage et de certaines conditions.** — 1° *Existence d'un précédent mariage* (2) (*ligamen*) (3). La bigamie est interdite (4) et à plus forte raison la polygamie (5). — 2° *L'engagement dans les ordres majeurs* (depuis et y compris le sous-diaconat) est une sorte de mariage (6). — 3° Il en est de même des *vœux monastiques* (7). — 4° La diversité de reli-

(1) Cod. Just., *de inc. nupt*, 5, 5, 8. **X**, *de spons.*, 4.

(2) Scatudo, 420. Freisen, 364, 676. Esmein, I, 267; II, 240. Cornu, thèse, 1887.

(3) Polygamie dans la Bible. Deutér., XXI, 15 et suiv. *Paralip.*, 2, 24, 3. Cf. sur le concubinat, ci-contre. — L'idée de sacrement et l'influence du droit romain ont fait écarter la bigamie. Conc. de Trente, sess. 24, c. 2. — Cf. Anabaptistes, Mormons. Fuchs, *Imped. lig.*; 1879; *Siebenb. Ehen*, 1889.

(4) Preuves de la mort du conjoint absent. **X**, 4, 1, 19. *Acta S. Sedis*, 6, 436. Ci-contre, Actes de l'état civil. Mariage annulable, secondes noces.

(5) *Tr. de polygamia*, 1610 (tiré de Th. de Bèze). Weise, *Ex. bigamia per dispens.*, 1824. Kœstlin, *Luther*, 2, 481. Daphnaeus Arcuarius, *De Polyg.*, 1679. Aletheus, *Polyg. triumph.*, 1682. Rady, *Reform. in B. z. Doppelehe d. Landgr. Philipp*, 1890. Luther, *Mém.*, 2, 60. *Mercure de Fr.* 1757, 95. Grimm, 440.

(6) Sur le célibat ecclésiastique, cf. ci-contre, p. 612. Gratien, D., 27, c. 8. Freisen, 759, 765 (empêchements *ordinis* et *volti* établis par voie d'interprétation et non par une loi). Le Parlement annulait le mariage des prêtres (Arr. 22 août 1640). Cf. Marnier, *Etabl. de Norm.*, p. 139. Rejeté par les protestants, le célibat ecclésiastique est attaqué par les philosophes du dix-huitième siècle. Montesquieu, *Espr. des lois*, 23, 21; 25, 4. Diderot, *Œuvres*, éd. Garnier, t. 14, p. 54. *Inconv. du célibat des prêtres*, 1781. L'abbé de Saint-Pierre le considérait comme funeste à l'Etat et à l'Eglise qu'il privait, l'un, d'enfants bien élevés et par suite d'honnêtes gens, l'autre de bons chrétiens. Les cahiers des Etats généraux se plaignaient des scandales qui en résultaient (adultères, séductions). Depuis 1789, beaucoup de brochures en demandèrent l'abolition. (Mautrot), *Discipl. de l'Eglise s. le mar. des prêtres*, 1790. En 1791, l'Assemblée législative se refuse à priver de leur traitement les prêtres mariés. A dater de ce jour, beaucoup de prêtres se marièrent. La Convention prit diverses mesures en leur faveur. Duvergier, V, 107; VI, 37, 97, 214, 351. Cerati, *Du célibat et du mar. des prêtres*, 1829. Plocque, *Condition jur. du prêtre*, 1887. Theiner, *Einführ. d. Ehelosigk.*, 1898. Horoy, *Mar. du prêtre*, 1890. Ci-après, Concubinat. *Capitul.*, table, v° *Sacerdotes. Wis.*, 3, 4, 18. **X**, 4, 6; 3, 1. 2. 3. Sur le clergé anglais, cf. Glasson, *Inst. Anglet.*, 5, 90. Laurin, *Cœlib. d. G.*, 1880.

(7) Les lois romaines et franques prononcent des peines contre qui épouse

gion (*dispar cultus*) (1) crée un empêchement qui rappelle les anciens empêchements résultant de la différence de condition sociale (2). Les lois romaines interdisaient les mariages entre chrétiens et juifs (3). A partir du quatrième siècle, les conciles défendirent aux chrétiens de se marier avec des infidèles, comme l'Ancien Testament l'avait défendu aux juifs (4) ; mais la nullité ne fut prononcée qu'au milieu du douzième siècle (5) : on donna pour raison que le mariage, étant un sacrement, supposait le baptême chez ceux qui le contractaient (6). L'Eglise d'Orient annula même les mariages avec les hérétiques (7) : en Occident, on vit dans l'hérésie un simple empêchement prohibitif (8). La question n'eut d'importance qu'avec la Réforme

une vierge ou une veuve qui a fait vœu de chasteté. *Wis.*, 3, 5, 2. *Liulp.*, 30, 95. Greg. Tur., 9, 39. L'Edit de Clotaire, 614, 18, annule ces mariages. Le mariage des moines ne fut interdit *à peine de nullité* qu'assez tard. Conc. Tours, 567. Trosli, 909, 8. Latran, 1123, c. 21. **X**, 27, q 1, c. 22. Trente. sess. 24, c. 9. — Pothier, n° 112 : les vœux simples n'annulent pas le mariage; seuls, les vœux solennels ont cet effet, et ce sont moins les vœux que la profession religieuse à laquelle ils se rattachent. C. 1, in *VI°*, 3, 15. La jurisprudence française n'admet pas de profession tacite : *l'habit ne fait pas le moine*. Cf. ci-contre, p. 616. Isamb., XIV, 283.

(1) Wiesehahn, *De imped. disp. cultus*, 1865. Freisen, 635. Esmein, I, 216; II, 267. Friedberg, § 150 (bibl.).

(2) Et qui rend difficile le *consortium omnis vitae*. L'Eglise y voit surtout un danger pour la foi.

(3) Cod. Théod., *de jud.*, 6 (mort). **C**, 28, q. 1, c. 17 et 10. Beaum., *loc. cit.* Cod. Just., 1, 9, 6. Cf. ci-dessus, p. 646. L'Eglise évangélique les condamne avec Mélanchthon contrairement à Luther. Strampff, 283. Sarcerius, *V. Ehestande*, 1556 (82, 5). Orléans, II, 19 (Bruns, 187), etc.

(4) Défaveur : saint Paul, 2 Cor., VI, 14; 1 Cor., VII, 12. Saint Augustin, *de fide*, 19. Tertull., 2 *ad ux.*, 2-8. Saint Augustin les tolère (Monique convertit Patrice). Ambros., *de Abraham*, I, 9 : *cave, Christiane, gentilem aut Judaeam atque haereticam .. uxorem accersas.* Conc. Arvern., 535. Lœning, II, 565.

(5) P. Lombard, 4, D., 39, a. Gratien, **C.**, 38, q. 1, c. 14. Bernard de Pavie (*imped. dispar. cultus*). Benoit XIV, Bulle *Singul. nobis* : coutume.

(6) Le mariage des infidèles (entre eux) n'étant pas un sacrement, n'est pas absolument indissoluble; le divorce est possible (*casus apostoli, privilegium Paulinum*; Paul, 1 Cor., VII, 12, qui ne donnait qu'un conseil en se référant à la loi civile de son temps): **C.**, 28, q. 1, c. 4; **X**, 4. 19, 7; 3, 32, 6; 3, 33, 1; si l'un des époux se convertit, il peut répudier l'autre, quand celui-ci ne veut pas continuer la vie commune ou la rend insupportable à raison de la religion (*contumelia Creatoris*, sorte d'adultère), Benoit XIV, 9 février 1749 (Inde). Esmein, II, 270. (Desessarts), *Dissert.*, 1763, 1765. Guyot, v° *Mar.* (juif converti).

(7) Mais non avec les schismatiques. Conc. *in Trullo*, 692, c. 72. En ce sens, Bernard de Pavie, *Summa de matr.*, p. 291. Tancrède, *id.*, t. 24.

(8) Durand, *Spec.*, 4, 3. 2. Le baptême suffit, même conféré par un héré-

et lorsque le concile de Trente eut exigé la présence du curé pour la validité du mariage ; l'Eglise dut réglementer les mariages mixtes et se prononcer sur les mariages contractés par les hérétiques entre eux (1). En 1680, un édit de Louis XIV prononça la nullité du mariage entre catholiques et protestants ; il était dans l'esprit du droit canon depuis la Réforme ; l'Eglise catholique ne permettait ces mariages qu'avec dispense du pape et à condition que la partie hérétique abjurât ses croyances avant la célébration du mariage devant le prêtre catholique (2). Là seulement où l'Eglise ne fut pas assez puissante, elle se résigna à ne pas exiger d'abjuration et à prendre des précautions pour éviter la conversion du conjoint catholique (3) *(impedim. mixtae religionis)*. C'est ce *modus vivendi* qui fait encore le fond de la discipline ecclésiastique. — 5° Empêchement au mariage entre le conjoint coupable d'adultère (4) et son complice (5) (s'ils se sont promis le mariage). — 6° Entre l'un des conjoints et le meurtrier de l'autre.

tique, pour que l'on soit chrétien. Saint Thomas, *Comm. in IV l. Sent.*, d. 39, q. 1, art. 1. Agde, a. 506, c. 67.

(1) Benoît XIV, Décl. 4 nov. 1741 : validité des mariages des hérétiques dans les Pays-Bas. Extension à la plupart des pays protestants ; là où le Concile de Trente n'a pas été publié, l'ancien droit subsiste (Angleterre) ; de même là où il est pratiquement impossible de s'y conformer. Friedberg, § 150, n. 25.

(2) Benoît XIV, Encycl. p. la Pologne, 1748. Richter, *Conc. Trid.*, 559.

(3) A° Dispense accordée sans abjuration par l'évêque (Benoît XIV, 1750 ; Jacobson, *Ueb. gem. Ehen*, 1838) ; les formes du Concile de Trente ne sont pas nécessaires (Benoît XIV, 1741) ; on réclame simplement la promesse que tous les enfants seront élevés dans la religion catholique (Pie VI, 1782), ou même on se contente du partage (Silésie). A la fin du dix-huitième siècle, l'empêchement est aboli, en fait, dans certains diocèses (Mayence, etc.). — B° Tendances plus rigoureuses au dix-neuvième siècle. Déclaration écrite et sous serment par laquelle l'hérétique s'engage, en présence de deux témoins, à permettre à son conjoint le libre exercice de sa religion ; le catholique promet de faire son possible pour convertir son conjoint ; les deux époux s'engagent à élever les enfants dans la religion catholique (On a eu décidé néanmoins que les garçons seraient élevés dans la religion du père, les filles dans celle de la mère). Les époux promettent aussi de ne pas se présenter devant les ministres hérétiques pour faire bénir leur union. Le curé catholique ne doit pas bénir les époux ; il assiste comme témoin, en dehors de l'église, à l'échange des consentements (*assistentia passiva*). Le Saint-Siége peut dispenser de ces conditions. *Acta S. Sed.*, 16, 207. — Mesures de rétorsion en Allemagne. Friedberg, *Ev. Verfassungsr.*, 279, 282.

(4) Schultz, *De adult. matr. imped.*, 1857. Freisen, 615. Esmein, I, 384, 398.

(5) Pénitence perpétuelle à l'origine et interdiction de tout mariage.

10. — VI° **Empêchements prohibitifs** : 1° Fiançailles ; il y a empêchement entre l'un des fiancés et toute personne autre que l'autre fiancé. — 2° Vœu simple. — 3° Pénitence publique. — 4° Crime atroce : meurtre d'un prêtre, d'un mari par sa femme ou réciproquement, mariage avec une religieuse. — 5° *Tempus feriarum* : du mercredi des Cendres à l'octave de Pâques (1) ; pendant les trois semaines qui précèdent la fête de Saint-Jean-Baptiste : de l'Avent à l'Epiphanie. — 7° *Interdictum Ecclesiae* ou défense par le juge d'Eglise de contracter un mariage jusqu'à ce que la défense soit levée, parce qu'il est à craindre qu'il y ait un empêchement (2). — 8° Hérésie.

11. — **Oppositions au mariage** (3). — A° *Dénonciation évangélique* (4). Pour assurer le respect de ces nombreux empêchements, l'Eglise provoqua les dénonciations. En publiant les bans de mariage, le prêtre déclare que c'est un devoir pour tout fidèle de faire connaître les empêchements. Le curé, averti de l'existence de l'un d'eux, doit surseoir à la célébration de l'union projetée jusqu'à ce que le juge d'Eglise l'ait permise ; celui-ci lance un *interdit* de mariage dès qu'il est avisé. — B° **Opposition** (XIV^e^, XV^e^ siècles) (5). Cette voie, issue de la

Frank, *Bussdisciplin.*, 679. Lœning, II, 567. Réginon, 2, 235. Par la suite, pénitence temporaire. C., 31, q. 1, c. 5. *Capit. Compend.*, 757, c. 11. Conc. Tribur, 895, 40. Appréciation de l'évêque. L'empêchement ne devient dirimant que dans Gratien et X, 4, 7, 6 ; 4, 7, 1. *Summa Rolandi*, p. 155. Ord. de Genève, 1541 (Richter, *Kirchenordn.*, I, 349). Cf. Strampff, *Luther*, p. 279. Böhmert, *op. cit.*

(1) Concile de Laodicée, 368. Trente, s. 24, c. 10. Certains diocèses ont des usages particuliers, par exemple il est défendu de célébrer les mariages la nuit.

(2) L'excommunication ne permettait de recevoir aucun sacrement ; par conséquent, les excommuniés ne pouvaient pas recevoir la bénédiction nuptiale avant d'avoir été absous. Or, les comédiens étaient regardés comme infâmes, excommuniés (Conc. d'Arles, 314, c. 5). C'est à cause de cela que le curé de Saint-Sulpice refusa de marier Talma. La lettre adressée par celui-ci à la Constituante et lue à la séance du 12 juillet 1790, fut le point de départ des réformes en matière de mariage. Dans le même ordre d'idées, rappelons les vers de Boileau attestant qu'on leur refusait la sépulture religieuse :

> Avant qu'un peu de terre obtenu par prière
> Pour jamais sous la tombe eut enfermé Molière.

Guyot, v° *Comédien*.

(3) Pothier, n° 82. Durand de Maillane, *h. v°*. Esmein, I, 421.

(4) Matthieu, XVIII, 15. Durand, *Spéc.*, 3, 1, 11. Déclaration verbale, sans formes. Fournier, *Officialités*, 256.

(5) Registre de l'Offic. de Cerisy, *Oppositio* ou *impetitio* (50^b^, 58, etc.).

pratique, diffère de la précédente (1) en ce que l'opposant est partie au procès sur la possibilité du mariage (dépens). Le droit de former opposition appartint peut-être tout d'abord au fiancé qui réclamait l'exécution d'une promesse de mariage; on le donna en fin de compte à quiconque avait intérêt à ce que le mariage n'eût pas lieu, et on considéra comme tels ceux qui se disaient fiancés ou mariés, ainsi que les parents par rapport au mariage de leurs enfants, les tuteurs ou curateurs par rapport à celui de leurs mineurs. L'opposition se faisait par un acte signé de l'opposant et signifié au curé par huissier. Quelque mal fondée qu'elle parût, quoique non motivée, elle empêchait le curé de procéder à la célébration du mariage jusqu'à la mainlevée donnée par la partie ou par le juge (2); ce qui était plein d'inconvénients, car difficultés et retards injustifiés faisaient manquer bon nombre de mariages (3). Il ne suffisait pas de punir les oppositions vexatoires de pénitences comme le droit canon, de dommages-intérêts comme les Parlements. A la suite de l'arrêt de règlement du 28 avril 1778, la **loi du 20 septembre 1792,** IV, 3, dut remédier au mal en limitant à un petit nombre de personnes le droit d'opposition (père, mère, etc.) et en obligeant les juges à statuer sur les oppositions dans un bref délai.

12. — **Dispenses** (4). — De ces empêchements trop nombreux et mal justifiés, l'Eglise se vit obligée d'accorder des dispenses; de sorte que certains d'entre eux, quoique qualifiés de dirimants, furent susceptibles d'être levés: c'était, pour eux, comme la préface de l'abolition.

Anciennement, il n'y eut pas de dispenses à proprement

(1) Confér. de Paris, I, 269. Guyot, Ferrière, *h. v°*. Descombes, *Recueil*, 2.

(2) Arr. 15 juin 1691 : registre des oppositions et mainlevées à tenir par les curés. Peines contre le curé qui célèbre le mariage malgré l'opposition : suspense de trois ans prononcée par l'official, condamnation à des dommages-intérêts par le juge séculier.

(3) Isamb., XXIV, 388 : les oppositions fondées sur un intérêt civil ou une promesse verbale de mariage sont non recevables (1777). Plaintes du clergé, 1760.

(4) Richter, § 280 (bibl.). Friedberg, § 151. Kreslinger, *Dispens.*, 1710. De Justis, *de disp. matr.*, 1739; Giovine, *id.*, 1863. Du Perray. *Tr. des disp. de m.*, 1719. Collet, *Tr. des disp.*, 1777. Taxes dans Horry, *Mar. chrétien, in f.* (1700). Durand de Maillane, *Dict. de dr. canon, h. v°*. Pothier, n° 252. (Maultrot), *Examen des princ. s. les d.* (1789). Caillaud, *Man. des dispenses*, 1873. Freisen, 891. Esmein, II, 315. Pompen, *Tracl. de disp.*, 1896. Brandhuber, *Disp.*, 1888.

parler : l'Eglise n'exerçant qu'un pouvoir disciplinaire sur le mariage, c'était au juge d'Eglise à maintenir ou à casser les mariages suivant les circonstances. Mais lorsque le droit canon constitua une vraie législation en matière matrimoniale, la *dispensatio* apparut comme une prérogative appartenant exclusivement au législateur. Au douzième siècle, tout au moins, le pouvoir général d'accorder des dispenses est réservé au pape (1), et des règles très précises en déterminent les conditions d'application. Lorsque l'Etat disputa à l'Eglise le droit de légiférer sur le mariage, il ne manqua pas de s'attribuer le droit de *dispensatio* pour les empêchements qu'il créait (2).

On admit que les empêchements de droit naturel ou divin ne comportaient point de dispenses (3) ; seuls les empêchements de droit humain pouvaient être levés (4) par l'Eglise (5) (ou par l'Etat). Exemple : dispenses pour les mariages entre oncles et nièces, cousins germains, beaux-frères et belles-sœurs (6), parents spirituels, etc. Le concile de Trente ordonna de ne les accorder que rarement, pour de justes causes, et de ne rien exiger (s. 24, 5). Ni sur le premier ni sur le dernier de ces points, ses prescriptions ne furent observées (7). Quant aux

(1) Les évêques ne l'ont que par exception. — Mariage du roi Robert avec sa cousine Berthe; le pape Silvestre II excommunie les parties et les évêques qui avaient accordé des dispenses. Stiegler, *Arch. f. k. k.* 1897. *Rqh.*, 1898, 57.

(2) Cf. Rescrit du Prince, à Rome (mar. entre cousins germains). Cod. Théod., *si nupt.*, 1. — Ex. : Edit 1680.

(3) Défaut de raison, impuberte, impuissance; *ligamen*, profession religieuse; parenté en l. directe et entre frères; affinité au 1er degré; adultère accompagné de meurtre; rapt; *dispar cultus*.

(4) Variations. Depuis Trente, dispenses pour les mariages entre cousins germains. Oncle et nièce : Philippe II épouse en quatrièmes noces Anne d'Autriche, fille de son frère.

(5) La dispense est donnée tantôt *in contrahendis matrim.*, tantôt *in contractis*; dans ce dernier cas, elle peut obliger à refaire le mariage (réhabiliter), ou bien elle le valide rétroactivement (DISPENSATIO IN RADICE MATRIMONII; réservée au pape); Bref de la Pénitencerie; on l'accorde d'abord pour légitimer les enfants, puis dans l'intérêt des époux eux-mêmes; par exemple, *sanatio in radice* des mariages civils contractés en France pendant la Révolution.

(6) Rares au moyen âge, accordées à des princes pour des raisons d'Etat (par exemple, pour la pacification de l'empire, Othon IV épouse la fille de son compétiteur Philippe, quoiqu'elle fût sa proche parente); étendues plus tard à de simples bourgeois.

(7) Dispenses *in forma pauperum*, si les parties ne peuvent payer la taxe d'usage.

justes causes, on les multiplia à l'excès (*angustia loci*, insuffisance de la dot, viduité avec enfants, âge de vingt-cinq ans pour les filles, présence d'hérétiques cachés, moyen de terminer un procès considérable, conservation des biens d'une famille illustre) (1). — La procédure consiste à adresser une supplique au pape ; elle est présentée à la Daterie, qui expédie les dispenses en forme de commission : l'official délégué vérifie les faits auxquels leur concession est subordonnée et fulmine les dispenses (2). — Le droit moderne s'en est montré fort avare (3) ; il devait en être ainsi du moment où il n'a maintenu que les empêchements les plus nécessaires.

13. — **Nullités de mariage** (4). — En cas de violation d'un empêchement, une action de caractère surtout disciplinaire, pénal, **accusatio**, fut ouverte d'abord à toute personne (*cuivis ex populo*) (5) contre les époux qui ne s'étaient pas conformés aux lois de l'Eglise. Les officialités cassèrent le mariage toutes les fois que l'empêchement était assez grave (*dirimant*), le laissèrent subsister, sauf à infliger des pénitences aux époux, lorsqu'il n'avait pas autant d'importance. Il était trop facile d'abuser de ces accusations pour qu'on ne restreignît pas en beaucoup de cas le droit de les porter (6). Ainsi, lorsque la persistance du mariage ne mettait point les époux en état de péché, c'est à eux seuls que l'on donnait l'action (impuissance, impuberté, vice ou même absence de consentement) ; il dépendait d'eux de laisser subsister le mariage (7). Au cas contraire, le principe persista (8), mais on ne laissa agir que les parents

(1) Dispenses sans cause quelquefois : le bon usage qui est fait des sommes qu'on donne pour les obtenir est, dit-on, une cause pour les accorder.

(2) Sentence de l'official après enquête et communication au promoteur.

(3) Cf. Eglise évangélique. Friedberg, § 152, II.

(4) Pothier, n° 442. Richter, 205; Walter, 316; Friedberg, § 152 (bibl.). Fischer, *Ungültigkeit d. Ehe* (*Jahrb. f. Dogm.*, 1889, 253). *Siete Part.*, IV, 9. Esmein, I, 403; II, 290. Stobe, 249. — Strykius, *De matr. null.*, 1739.

(5) Cf. procédure accusatoire romaine. Beaurepaire, *Null. de m. en 1553*, 1883.

(6) On peut être à la fois accusateur et témoin contrairement aux principes, exception qui se comprend pour les parents sur les questions de parenté et qui a été étendue à toute action en nullité.

(7) Le droit canon n'admet pas les nullités relatives, sous prétexte que le mariage ne saurait être un contrat boiteux. L'action appartient donc aux deux époux. La jurisprudence française est en sens contraire. Pothier, n° 444.

(8) Lancelot, *Inst.*, 2, 15 : *ad accusandum matrimonium ex causa delicti omnes admittuntur, sed potissimum conjunctiores.*

(*personae proximae et necessariae*) (1): ce n'est qu'à défaut de ceux-ci que l'on accordait l'action aux *vicini bonae famae* et, faute de voisins, à des étrangers quelconques (2). En cas de *diffamatio* ou rumeur publique, le juge put prononcer d'office la nullité, pourvu que le droit de la faire valoir ne fût point réservé aux seuls époux (3). Au quatorzième siècle, le promoteur près les officialités fait l'instruction et poursuit la nullité. — On arriva par cette voie à distinguer les nullités absolues et relatives : quoique les empêchements dirimants eussent les mêmes effets, ils ne se trouvèrent point placés sur la même ligne. La jurisprudence des Parlements opposa les vices absolus, d'ordre public (4), que tout intéressé (5) et le ministère public lui-même (6) avaient le droit de faire valoir aux vices *respectifs* (7), ne portant aucune atteinte à l'ordre public et ne donnant le droit d'agir qu'à certaines personnes intéressées (8), les époux ou plutôt l'un d'eux, leurs père et mère, si le mariage a été contracté sans leur consentement, les tuteurs dans les cas analogues.

Les actions en nullité de mariage eurent, d'ailleurs, leurs règles spéciales. Le droit canon les déclara imprescriptibles (9). Devant les Cours d'Eglise, leur procédure fut simple et som-

(1) Cod. Théod., 9, 7, 2. Cod. Just., 9, 9, 30 (adultère). Encore restriction en certains cas. **X**, 4, 18, 5 et 6. Sur les collatéraux, Pothier, n° 448.

(2) Durand, *Spec.*, 4, 4, *qui matrim. accusare possint.*

(3) **X**, 4, 18, 2 et 6; 4, 11, 7.

(4) Empêchements dirimants et vices de forme essentiels : défaut de publicité, incompétence du prêtre, absence de témoins.

(5) Intérêt né et actuel.

(6) Scandale public : le procureur du roi ou le procureur fiscal agissent, et, à défaut, le promoteur. Déclar. 15 juin 1697.

(7) Ils se couvraient par la ratification. Jul., *Elém. de Jur.*, p. 22.

(8) Par exemple, l'époux qui a subi la violence est seul admis à attaquer le mariage. Le conjoint de l'impuissant peut seul se plaindre également, et le vice se couvre par la longue cohabitation. — Les collatéraux pouvaient (et encore difficilement) attaquer le mariage atteint d'un vice absolu après la mort des époux, lorsqu'ils avaient un intérêt à la nullité (par exemple, pour faire écarter de la succession les enfants nés du mariage).

(9) *Tempus non minuit peccata, sed auget.* Innocent III, en promulguant les décisions du Concile de Latran, 1215, sur la parenté, déclare que l'action est imprescriptible dans ce cas. La Glose généralise. Le jugement sur les causes matrimoniales n'a jamais force de chose jugée (péril des âmes), Pothier, n° 461. *Secùs*, Duperray, *Dispenses*, 1769, p. 320. Guyot, *Rép.*, v° *Impuissance*. Défense de transiger et compromettre sur les causes matrimoniales. Chaque partie peut proposer en appel des moyens nouveaux.

maire (1). Le témoignage des parents y fut admis, mais on écarta l'aveu et l'acquiescement, de crainte d'entente frauduleuse (2).

Les officialités étaient compétentes quand on poursuivait directement la nullité du mariage (3); si des dommages-intérêts étaient réclamés à raison de la nullité, il fallait s'adresser au juge civil (4); seul aussi, le juge civil avait à constater si le mariage avait été célébré ou non (possessoire); enfin, dès que les Ordonnances ou les libertés de l'Eglise gallicane avaient été violées, on recourait aux Parlements par l'appel comme d'abus (5).

14. — Certains mariages, sans être nuls, étaient dépourvus d'effets civils (par exemple les enfants ne pouvaient pas succéder) : les mariages secrets (6), les mariages *in extremis* (7) et ceux des morts civils (8).

15. — **Réhabilitation et mariages putatifs**. — Les mariages annulés étaient regardés comme inexistants. Les officialités ordonnèrent pendant longtemps aux époux de **réhabiliter** leur union, lorsqu'il y avait possibilité d'obtenir des dispenses ou que l'empêchement avait disparu; on entendait par là une nouvelle célébration du mariage, régulière cette fois (9). Mais les Parlements mirent fin à cette pratique abusive (10); les époux purent réhabiliter leur mariage, ils n'y furent plus contraints. — Quand la réhabilitation n'était pas possible, les époux qui avaient agi de bonne foi furent tout d'abord assimilés aux époux de mauvaise foi, leur mariage n'eut pas plus d'effets;

(1) Le serment de calomnie n'est pas exigé (causes spirituelles).

(2) **X**, 4, 13, 5; 4, 18, 3; 2, 27, 10. Gratien, **C.**, 35, q. 6, c. 3. Beaum., 18, 16. *Defensor matrimonii* créé en 1741 par la Const. *Dei miseratione* de Benoît XIV.

(3) Edit déc. 1606, 12; 1695, 34. Bardet, II, 5, 22.

(4) Collatéraux qui n'ont droit qu'à des dommages-intérêts.

(5) Seule voie ouverte aux père, mère, tuteur qui n'ont pas consenti au mariage.

(6) Décl. 26 nov. 1639, art. 5, 6 (Cf. C. civ., 25). La Décl. semble confondre les mariages secrets et les mariages clandestins. Mais le droit canon les distingue. Les premiers sont réguliers, mais dispensés de publicité; ils sont inscrits sur un registre scellé distinct des registres ordinaires (Benoît XIV, 1741). Mazzei, *De matrim. conscientiae*, 1766. Hertz. *id.*, 1702.

(7) Boutaric, *Inst.*, 1, 10, 13. Poullain du Parc, *Principes*, I, 121.

(8) Boutaric, *Inst.*, 1. 10, 10 et 13.

(9) Hertz, *De matr. instaurato*, 1702. — Cf. *supra*, Dispenses.

(10) Arr. 11 mars 1710; cf. Décl. 15 juin 1697.

ainsi les enfants étaient regardés comme illégitimes (1), injustice criante du jour où les empêchements trop nombreux et mal connus dégénérèrent en un piège pour les mieux intentionnés. De bonne heure (dès l'époque de P. Lombard), l'Eglise se vit obligée d'admettre (2) que, quoique nul, le mariage aurait les effets d'un mariage valable, dissous par la mort, pourvu que les époux ou, du moins, l'un d'eux fussent de bonne foi et qu'il y eût eu célébration *in facie Ecclesiae* (3): depuis 1215, on exigea même que les bans eussent été publiés. Ces effets ne se produisirent d'abord que dans l'intérêt des enfants (légitimité) (4): par la suite seulement (5), dans celui du conjoint de bonne foi (maintien du douaire, etc.).

§ 5. — *Effets du mariage* (6).

I. — **Les conséquences juridiques** du mariage pouvaient se résumer, anciennement, dans l'acquisition de la puissance maritale, qui porte à la fois sur la personne et sur les biens de la femme, et dans l'acquisition de la puissance paternelle. — Mais cette formule simple convient mal au droit plus récent. La puissance maritale s'atténue. Tandis que, dans le droit primitif, le mari n'avait guère que des droits et la femme que des devoirs, il est question des droits et des devoirs de chacun des époux: ainsi, le droit canon, se basant sur un mot de saint Paul, reconnaît à la femme comme au mari le droit d'exiger le devoir conjugal (7). Le régime de biens entre époux se complique et

(1) Eglise orientale. *Petrus*, I, 39 (ils succèdent s'ils ont une possession d'état de 30 ans). Gratien ne connaît pas les mariages putatifs, **D**., 35, q. 7.

(2) Aucune loi ne fut émise, mais la pratique admit ce correctif à la multiplication des nullités, et il semble bien qu'il faille en faire honneur à l'Eglise gallicane. P. Lombard, *Sent.*, I, 4. D. 41, *c*, **X**, 4, 17, 2; 4, 3, 3; 4, 7, 8-14. Cf. rescrit de Marc-Aurèle. D., 23, 2. 57, 1. Cod. Just., 5, 5, 4. — Hertz, *De matr. put.*, 1690. — *Sachsensp.*, 2, 27. Bracton, f° 63. Glanville, 7, 12.

(3) Cf. Viollet, p. 439. Stobbe, 249.

(4) Pas de légitimation pour les enfants nés avant le mariage. Pothier, 437.

(5) Déjà Panormit., s. **X**, 4, 20, 2.

(6) Freisen, 847. Esmein, II, 3. Meynial, p. 44,

(7) Paul, 1 Cor., VII, 3-5 : *uxori vir debitum reddat; similiter et uxor viro.* Sauf si la femme est enceinte (*Capit.*, 829, 21. Boret, 2, 46), aux jours d'abstinence, etc. Détails dans Sanchez, l. IX, *F. de Nav.*, 4, 1. 3 (*Como deve ombre iazer con su muger. Deve iazer a menos de bragas*). Héricourt, G. VI, 27.

peut faire l'objet d'une étude distincte de celle de la puissance maritale. La puissance paternelle, à son tour, évolue dans le même sens.

2. — **L'adultère** (1). — La violation du devoir de fidélité, surtout de la part de la femme, a toujours eu de graves conséquences. On a laissé tout d'abord au mari lui-même la punition de la femme adultère. Tacite nous apprend qu'il la chassait à coups de fouet à travers le village; sans doute, il veut dire qu'il l'expulsait de sa maison et du village lui-même; c'était la condamner à une mort certaine, car elle se trouvait dépourvue de toute protection légale (2). Il semble qu'on puisse poser, en règle générale, que, dans la législation barbare, le mari a le droit de tuer sa femme et son complice s'il les prend sur le fait (3); en dehors du flagrant délit, les tribunaux lui infligent la peine de mort (4). La législation mosaïque, partant des mêmes idées, ordonnait la lapidation de la femme adultère. On connaît le mot du Christ à ce sujet : *Que celui qui est sans péché lui jette la première pierre* (5). Réagissant dans le sens de l'humanité

(1) Fournel. *Tr. de l'adultère*, 2e éd., 1783. Rosenthal, *Rechtsfolg. d. Ehebruchs*, 1880. Bennecke, *id.*, 1884. *Dig. ital.*, *h. v°*. — Sur l'adultère à Rome, cf. Esmein, *Mélanges*. Meynial, p. 46. Mommsen, *R. Strafrecht*, 1900. — Starcke, p. 55.

(2) Tac., *Germ.*, 19 : *paucissima in tam numerosa gente adulteria quorum poena praesens et maritis permissa : abscisis crinibus nudatam coram propinquis expellit domo maritus ac per omnem vicum cum verbere agit.* Lettre de saint Boniface citée par Du Cange, v° *Adult.* : *aliquando cogunt eam propria manu per laqueum suspensam, vitam finire; et super bustum illius incensae et concrematae corruptorem ejus suspendunt; aliquando congregato femineo exercitu, flagellatam eam mulieres per pagos .. ducunt, virgis caedentes et pungentes minutis vulneribus, cruentatam et laceratam de villa ad villam mittunt, et occurrunt semper novae flagellatrices, zelo pudicitiae adductae, usque quo eam aut mortuam aut vix vivam derelinquant.* Cf. *L. Burg.*, 34 : *in lulo necetur.* Cf. autres peines atroces dans Du Cange (Anglo-Saxons, Polonais). Thonissen, *L. Sal.*, p. 300.

(3) Cf. à Rome, Paul, 2, 26 (*jus occidendi* au *pater*, peine du meurtre contre le mari). Cod. Théod., 9, 15, 1. Paul, 2, 27, 1 (*L. Rom. Wis.*) : droit pour le mari de tuer la femme prise en flagrant délit dans sa maison. *Wis.*, 3, 4, 3. *Bai.*, 7, 1. *Burg.*, 68. *Roth.*, 212, 213. *Liut.*, 130. Ass. de Jérus., *C. d. B.*, 288. Grimm, *RA*, 450, 742. Brunner, II, 662. Zeithopf, *De jure occid. prehens. in adult.*, 1667.

(4) *Rib.*, 77. — Preuve par les ordalies, le duel. — Cf. épreuve des eaux amères, chez les Hébreux.

(5) Jean, VIII, 7. Cf. L. de Constantin : *sacrilegos nuptiarum gladio puniri oportet* (30, Cod. Just., *ad l. Jul. de ad.*). Cod. Théod., 9, 7, 2. Meynial, p. 52. *L. Rom. Wis.* Cod. Théod., 9, 6.

contre les vieilles mœurs surannées (1). l'Eglise se contenta d'infliger des pénitences à la femme coupable : en même temps, elle frappa de réprobation l'adultère du mari, impuni autrefois (2); si la femme est excommuniée, les pénitentiels nous montrent le mari soumis à une pénitence de cinq ans ou même à une pénitence perpétuelle (3) : sa faute a un autre effet, elle lui enlève le droit de se prévaloir de celle de sa femme : *adulter adulteram dimittere non valet.*

3. — Si l'Eglise jugeait le délit d'adultère (4), ses tribunaux en avaient-ils la connaissance exclusive à l'époque féodale? P. de Cugnères semble le concéder, lors de la conférence de Vincennes, par cela même qu'il proteste contre les abus commis par les officialités dans la poursuite des adultères. Mais les coutumes donnent compétence aux justices seigneuriales ou municipales, et les tribunaux du roi finirent par se substituer aux autres juridictions. — Les mœurs et les coutumes du moyen âge avaient maintenu le châtiment peu chrétien de la **course** : de tragique qu'il était jadis, il tourna à l'obscène et au burlesque (5), si bien que la peine était plus scandaleuse que le

(1) En dehors de la puissance maritale, de la quasi-propriété du mari sur la femme qui explique les plus durs châtiments, ceux-ci tiennent également à des idées religieuses, comme le culte des ancêtres que des enfants légitimes sont seuls capables de rendre; ajoutons que l'adultère avec un étranger implique souvent trahison envers la famille; avec un membre de la famille, ruine toute discipline.

(2) Gratien, **C.**, 32, q. 6 (saint Augustin : le mari, chef de sa femme, lui doit l'exemple; il est tenu de lui pardonner, même l'adultère, si elle fait pénitence). Cf. Paul, *Sent.*, 26, 8.

(3) Van Espen, *Jus eccles.*, 3, 4. Reg. de l'off. de Cerisy, *passim.*

(4) Cf. tournées synodales du neuvième siècle.

(5) Du Cange, v^is^ *Adulterium* et *Trotari*. Michelet, *Orig.*, p. 388. La fustigation avait disparu la plupart du temps (Aigues-Mortes, etc.). Martel, 1219 : *trahetur per genitalia nudus* (le complice) *et* (lire *ab*) *adultera nuda.* Joinville, *Vie de saint Louis*, 99. Larroque-Timbaud, 1270, 59, et un grand nombre d'autres coutumes méridionales; il n'en est, pour ainsi dire, aucune qui ne prévoie et punisse l'adultère et le viol. Castelsagrat, 26; Fossat, 49; Montoussin, 6; Agen, 19; Toulouse, 156^a^; Albi, 11; Montpellier, 21; Barcelone, 94, 110, 112. *Acad. législ. Toulouse*, IV, 196. Le Palenc et Dognon, *Lézat*, p. 94, etc. — Notez la dégradation progressive du châtiment : course sans être attachés; autorisation de garder la chemise, les braies; rachat facultatif pour une amende; amende parfois peu élevée. La peine de la course est infligée dans d'autres cas, par exemple le voleur parcourt la ville avec l'objet volé au cou. Montégut de Bourjac, 20. Pradères, 5. — Autre peine infamante : on coupe la robe de la femme au-dessus des genoux. Zypacus, *Jus Belg.*, ad l. Jul. 7. — Glasson, VI, 671. *F. de Nav.*, 4, 3.

délit lui-même. L'amende qui s'y joignait quelquefois finit par subsister seule. Le complice était puni arbitrairement (bannissement, castration, amende). L'application de ces pénalités était rendue fort rare par les exigences des coutumes au sujet de la **preuve**; ainsi, à Agen, les coupables devaient être pris en flagrant délit par le bailli et deux consuls (1). Le jour où la punition de l'adultère rentra dans les attributions de l'Etat (2), on se montra plus sévère (3). La **jurisprudence monarchique** remplaça les pénitences canoniques et les punitions tirées des usages locaux par une peine empruntée à la Nov. 134, 10, de Justinien, et à l'authentique *Sed hodie* qui la résumait : la femme convaincue d'adultère était enfermée dans un couvent et perdait ses gains nuptiaux (*femme authentiquée*) (4). A la procédure

F. real.. 4, 7. Gui Pape, q. 206. Les peines infamantes sont fréquentes au moyen âge. Grimm, p. 711, en donne une longue énumération : port d'un chien, d'une selle, d'une charrue; port d'une pierre (par les femmes), chevauchée de l'âne, etc. A Spire, on voyait *in foro lapidem politum, catena ferrea alligatum, quem adulterium perpetrantes per civitatem ferre cogebantur.*

(1) Dans des conditions telles qu'il fallait beaucoup de bonne volonté de leur part pour encourir la peine légale. Agen, 19 : *l'uns sobre l'autre, nu et nu et que l'om aia las braguas* (braies) *trachas.* Tonneins, 124. Pas de peine s'ils parviennent à s'enfuir. Lagrèze, *Dr. dans les Pyrénées*, p. 316.

(2) Au quinzième siècle, un sire de Craon obtint de Louis XI la permission de tenir sa femme close et emmurée. Viollet, p. 505. Détails sur cette peine dans Du Cange, v° *Adult.* (Aragon).

(3) Zypacus, *loc. cit.*, se plaint de ce que ce crime soit puni *nimis molliter.* De même Damhoudère, dans sa *Prat. crim.*, 91, 17. L'ancienne pratique concorde ici avec la littérature où l'adultère ne prête qu'à rire (Contes, Fabliaux). Aegidius, *de appell.*, 6, cite un ancien arrêt *de uxoratis scortatoribus*, qui enlève la connaissance du crime d'adultère aux juges d'Eglise. Fournel, p. 53 (bibl.).

(4) Glose sur le c., 7, 5. **C.**, 32, q. 1. Elle conserve ses habits séculiers pendant deux ans (ou tel autre temps qu'il plaît aux Cours d'indiquer); il est libre au mari de la visiter et même de la reprendre; s'il ne le fait pas, à l'expiration du terme fixé, elle est rasée, voilée, et elle revêt le costume religieux de la maison; le mari peut néanmoins toujours la réclamer, car elle n'est pas devenue religieuse (*L'habit ne fait pas le moine*); il résulte aussi de là qu'elle n'est point frappée de mort civile, elle reste capable de s'obliger, donner, tester, etc. La femme adultère était déchue de son douaire, de sa dot et de sa part de communauté qu'on attribuait au mari en toute propriété; elle recouvrait tous ces droits quand son mari la rappelait. A l'égard du complice, la peine variait suivant les circonstances (amende honorable, bannissement, galères); il pouvait être condamné à des réparations civiles envers le mari. Fournel, p. 122, 362. Guyot, *Rép., h. v°.* Ce fut l'œuvre de la jurisprudence. Arr. de 1522, etc. Boerius, *Decis.*, 279. Papon, l. 22, t. 9. Mort en cas de circonstances aggravantes (adultère avec

judiciaire se substituait parfois la délivrance d'une lettre de cachet (1), dans le but d'éviter des débats scandaleux, déshonorants pour une famille, débats d'autant plus fréquents que la preuve était devenue plus facile et partant plus incertaine (procès-verbaux, écrits, témoins). Dans le dernier état du droit, le mari seul est autorisé à accuser sa femme d'adultère (sauf les cas de connivence et de scandale) (2), mais il a perdu, en théorie, le droit de la mettre à mort s'il la surprend en flagrant délit, droit dans lequel il faut voir un vestige très tenace du *jus vitæ necisque* des temps primitifs (3). En fait, s'il en use, il ne lui est pas difficile d'obtenir des lettres de rémission (4).

4. — La législation civile ne traita jamais l'**adultère du mari** comme celui de la femme (5). Le mari coupable n'encourt aucune peine, n'est pas exposé à voir la séparation de corps prononcée contre lui à raison de ce fait, enfin ne perd pas le droit de réclamer cette mesure contre sa femme pour le cas où elle aurait commis la même faute; en ce cas, il est simplement privé du gain de la dot et des avantages nuptiaux. Injus-

valet). *L. des Droiz*, 435. En Angleterre, la femme ne perdait ses gains nuptiaux que s'il y avait des enfants issus du mariage. Glasson. Lehr, *op. cit.* Pollock et M., II, 392 (règle récente). *Secùs*, dr. allemand. Stobbe, § 249, I, 2.

(1) Merlin, v° *Adultère*. Joly, *Procès des Mirabeau*, p. 104.

(2) Fournel, p. 66 (poursuite des deux coupables nécessaire). Prescription de cinq ans. Les héritiers du mari peuvent reprendre l'accusation intentée par lui, mais uniquement pour obtenir la confiscation de la dot et des reprises matrimoniales.

(3) *Mir. de Souabe*, 2, 22 (confiscation du corps et des biens du mari qui se rend justice). Cf. Laboulaye, p. 339. *Fuero Real :* les deux coupables sont remis au mari qui se venge à son gré. For de Tudèle : il peut les tuer tous deux, mais il n'a pas le droit d'en épargner un. *Siete Part.* : Authentique *sed hodie*. Lagrèze, *Navarre*, II, 371. *For. de Nav.*, 4, 3, 5 et suiv.

(4) Cf. Nov. 117, 15 : triple avertissement adressé par le mari à celui qu'il soupçonne d'attenter à l'honneur de sa femme et droit de le tuer, s'il le surprend ensuite en simple conversation avec elle. Italie (XVI^e^ s.), Nevisanus, *Sylva nuptialis*, p. 59. Bergerac, 89. Beaumanoir, c. 30. Fournel, p. 462 (Plaintes en sollicitation).

Si l'on veut se faire une idée de ce qu'était dans la réalité la législation que nous venons de décrire, qu'on se rappelle le mot du mari du dix-huitième siècle surprenant sa femme : *Quelle imprudence! Madame, si c'était un autre que moi!* Goncourt, *La femme au XVIII^e^ s.*, p. 234.

(5) Sauf au cas de scandale et sévices (p. ex. le mari entretient une maîtresse dans sa maison. Arr. 1513). Fournel, p. 19. Ci-après. — Cod. Théod., 3, 16, 1, Cod. Just., 5, 17, 8. — Juvénal, *Sat.*, 2 : *Dat veniam corvis, vexat censura columbas.* Montesquieu, *Espr. des lois*, 26, 8.

tifiable au point de vue religieux. cette inégalité entre époux était conforme à la tradition et s'appuyait sur l'intérêt social, puisque l'adultère de la femme. à la différence de celui du mari, risque toujours de dépouiller les familles, en faisant passer leurs biens à des étrangers, et, par le doute qu'il jette sur la paternité, compromet la situation des enfants légitimes eux-mêmes.

§ 6. — *Dissolution du mariage.*

1. — **La mort** de l'un des époux est l'unique cause de dissolution du mariage, du moins dans la conception qui l'emporta. L'absence, aussi prolongée qu'elle soit. ne porte pas atteinte au lien religieux ; de même la mort civile (1) : les effets pécuniaires du mariage peuvent bien cesser de se produire. mais le sacrement subsiste ; le conjoint dont l'état est intact n'a pas la faculté de profiter de cette situation pour contracter une nouvelle union.

2. — **Divorce** (2). **Le Bas-Empire.** — L'indissolubilité du mariage semble avoir été inconnue du droit primitif. Rome pratique le divorce sous deux formes : 1° par consentement mutuel (3) ; 2° par répudiation de la part d'un des époux, tantôt à raison de justes causes ou causes déterminées par la loi, tantôt pour incompatibilité d'humeur. Pas plus qu'on n'exigeait de formes pour le mariage, on n'en exigeait pour le divorce. La loi Julia *de adulteriis* prescrivit seulement de notifier la répudiation (d'ordinaire, par l'envoi du *libellus repudii*) devant sept

(1) Sur l'absence, cf. Fournel, *Tr. de l'Adult.*, 140. *Jostice*, p. 182. Arr. du 4 août 1670 (Jean Maillart, absent pendant 40 ans). Cf. Enoch Arden de Tennyson. Formalités pour se remarier, Arr. du 9 février 1740. Cornu, thèse, 1887.

(2) Bibliographie. — Brini, *Matrim. e divorzio n. dir. romano.* 1887-9. — Scaduto, *Il divorzio*, 1882. — Freisen, 789. — Esmein, II, 45 ; *R. gén. dr.*, 1883. — Beauchet, *NRH*, 1883. — *Z. f. d. Kirchenr.*, 20, 66. — *Arch. f. Kath. Kirch.*, 1885, 126, 163. — Cauvière, *Le lien conjugal*, 1890. — Geffcken, *Z. Gesch. d. Ehescheidung vor Gratian*, 1894. — Glasson, III, 24 ; *Gr. Encycl.*, v° *Div.* ; *Le mar. civil et le div.*, 2e éd., 1880. — Viollet, 452 (bibl.). — Coulon, *Le div. et la sép. de c.*, t. I, 1890. — Tissot, *Le mariage*, 1868. Naquet, *Le divorce*, 2e éd., 1881. — *R. crit.*, 19, 422. — Hubrich, *Ehesch. i. Deut.*, 1891. — Erler, *Ehesch.*, 1892, — Salvioli, § 188. — Lehr, *Mar., Divorce, Sép. de c.*, 1899.

(3) Cod. Théod., 3, 16, 1. Cod. Just., 5, 17, 8. Nov. 134, 11 ; 140. *L. Rom. Wis. Int.* Cod. Théod., 3, 16, 1. Papien, 21, 1 (Nov. Théod., 12). F. Sirm., 19. Andec., 56. Lindenbrog, 84. Meynial, p. 69.

témoins (1). Quant à l'époux coupable, on se contentait de le frapper de peines pécuniaires, moins dans le but de détourner du divorce que pour réparer le préjudice injuste qu'il causait à son conjoint. Avec les empereurs chrétiens, le droit changea (2). Constantin, en 331, inflige les châtiments les plus sévères à l'époux qui répudie l'autre sans justes causes et réduit celles-ci à trois : le mari est homicide, empoisonneur ou violateur de sépulcres; la femme est adultère, empoisonneuse ou entremetteuse (3). On peut dire que c'est là la première loi chrétienne contre le divorce. Elle se retrouve dans le Bréviaire d'Alaric et le Papien.

3. — **Le droit germanique** (4) partit d'un état plus archaïque, où le mari seul avait la faculté de répudier sa femme, sans cause peut-être d'abord, mais de très bonne heure évidemment, avec le danger de s'exposer à la vengeance des parents, s'il la renvoyait en l'absence des motifs d'usage (5) (adultère, etc.) (6). Le divorce par consentement mutuel a pris place dans les lois barbares qui ont subi l'influence romaine (7), et l'on y trouve

(1) Drach, *Du divorce dans la synagogue*, 1840. Selden, *Uxor ebraïca*, 1695. Deutéron., XXIV, 1 : Si la femme ne trouve pas grâce devant son mari, parce qu'il trouve en elle quelque chose d'infâme, il lui écrira une lettre de divorce.

(2) Ulp., *Reg.*, 6, 10.

(3) Cod. Théod., 3, 16, 1. L'époux coupable perd les dons à cause de mariage; son conjoint peut se remarier. L'époux qui répudie sans cause perd ces mêmes donations; si c'est la femme, elle est punie de la déportation; si c'est le mari, il ne peut plus se remarier ou, s'il le fait, la première femme a le droit de s'emparer de la dot de la deuxième. *L. Rom. Wiss.*, 3, 16, 1, 2. Papien, 21. Petrus, 37. Cette loi est un peu adoucie par la c. 2, *ib.* (421); la législation subséquente (qui ne semble pas s'être appliquée en Gaule?) revient à des règles moins sévères. Cod. Just., 5, 17, 8.

(4) Heusler, *Inst.*, § 133. Schrœder, § 35 (p. 303). Lœning, *Kirchenr.*, II, 612 et suiv. Grimm, *RA*, 454. Michelet, *Orig.*, p. 57. Dareste, *Etudes, passim*.

(5) *Wis.*, 3, 6. Greg. T., 3, 27; 5, 3. Frédég., 5, 30. Aethelb., 79 et suiv.

(6) Deux systèmes pratiqués parfois simultanément : a) Composition aux parents de la femme; *Bai.*, 7, 14. *Pactus Alam.*, 3, 2. Grimoald., 6. *Burg.*, 34 (à la femme). — *b*) Reprise par la femme de ses biens personnels et droit d'exiger sa dot (germanique) ou mêmes peines pécuniaires au profit de la femme. *Ibid.* et *Wis.*, 3, 6, 1. A plus forte raison, les libéralités faites par la femme au mari tombent. Sur les gains légaux de survie, cf. ci-après. — Mêmes conséquences pécuniaires quand la femme quitte son mari pour justes causes et conséquences inverses quand le mari la répudie légalement.

(7) *Burg.*, 21, 34. *Alam.*, 3, 2 (partage égal des *lectaria*; la femme a ce que la loi lui donne). Rozière, 111-114. Thévenin, nos 8, 23, 41. Marculf., 2, 30. *Andec.*, 56 : *domino non dulcissimo sed amarissimo et exsufflantis-*

aussi à côté de la répudiation pour justes causes (1) de la part du mari à titre exceptionnel, il est vrai, une répudiation symétrique du mari par la femme; encore semble-t-il que l'inégalité n'ait pas disparu, car si la femme quitte son mari sans causes (2), elle encourt des peines corporelles (3), tandis que le mari n'est exposé dans le même cas qu'à des peines pécuniaires (4). S'il était d'usage de constater le divorce par écrit (5), il ne paraît pas que ce fût là une forme indispensable, ni qu'il y eût des formalités particulières autres que celle-là.

4. — **Droit canonique** (6). — Au moment où le Christ parut, rien ne faisait prévoir la disparition d'une institution aussi répandue dans tout le monde antique (Juifs, Grecs, Romains). Mais elle était en opposition avec l'esprit du christianisme et le triomphe de la religion nouvelle devait entraîner sa suppression. L'Evangile (7) et les épîtres des apôtres (8) la condamnent;

simo jocali meo illo illa. Dum non est incognitum qualiter faciente inimico et interdicente Deo ut insimul esse non potemus, proinde convenit nobis ante bonis hominibus ut ad invicem relaxare nos deberemus. Quod ita et fecimus. Ubicumque jocalis meus mulierem ducere voluerit, licentiam habeat potestatem faciendi. Similiter et ille convenit ut ubicumque ipsa femina superius nominata sibi marito accipere voluerit, licentiam harbeat potestatem faciendi, etc. Sachsensp., I, 25, 4 (vœu de chasteté).

(1) Adultère. *Burh.*, 34. *Bai.*, 8, 14, 15. *Alam.*, 3, 3; 53, 1. *Roth.*, 262. *Liut.*, 120, 190. *Wis.*, 3, 6, 1. Cf. Greg. T., 5, 33; 4, 26; 8, 27; 10, 8. — Attentat à la vie du mari. *Roth.*, 202. — *Burg.*, 34, 3 (violation de sépulture, préparation de poison).

(2) *Wis.*, 3, 5, 5; 6, 2 : le mari a des mœurs contre nature (cf. Noodkerk, *De matrim.*, 1733), veut prostituer sa femme. *Roth.*, 195 et suiv. : il la traite de sorcière, attente à sa vie, etc. Grimoald, 6 et 8 : bigamie.

(3) *In luto necetur. Burg.*, 34, 1. Grimm, 691. Schrœder. p. 330. Le rapt de la femme mariée semble avoir dissous le mariage dans l'ancien droit. Ci-dessus, Fiançailles. *Alam.*, 51, 52. Aethelbirt, 31.

(4) *Burg.*, 34, 4 : il laisse sa maison et ses biens à sa femme et à ses enfants. Cf. Cod. Théod., 3, 16, 1. *Int.* — Le § 2 de la *L. Burg.* donne le droit antérieur. *Wis.*, 3, 6, 1. *Bai.*, 8, 15. Ci-dessus.

(5) *Form. Andec.*, 56; etc. — Compétence des tribunaux civils.

(6) Gratien, **C.**, 32, q. 7 et suiv. **X**, 4, 19. Richter, § 286 (bibl.).

(7) Marc, X, 11, 12; Luc, XVI, 18 (indissolubilité absolue). Matth., V, 31 : *Dictum est autem : quicumque dimiserit uxorem suam det ei libellum repudii.* 32 : *Ego autem dico vobis : quia omnis qui dimiserit uxorem suam*, excepta fornicationis causa, *facit eam mœchari, et qui dimissam duxerit adulterat.* XIX, 6 et suiv. : *Quod Deus conjunxit homo non separet : quoniam Moyses ad duritiam cordis vestri permisit vobis dimittere uxores vestras : ab initio autem non fuit sic. Dico autem vobis quia quicumque dimiserit uxorem suam nisi ob fornicationem et aliam duxerit, mœchatur.* Cf. Selden, *Uxor ebraïca s. de nupt. et div.*, 1695.

(8) Paul, *ad. Rom.*, VII, 13; 1 Cor., VII, 10-11, 39; Ephes., V, 21.

ils proclament le principe nouveau de l'indissolubilité du mariage ; les époux doivent toujours être prêts à se pardonner le mal qu'ils se sont faits ; la charité les oblige à ne jamais se séparer sans esprit de retour (1). L'un des principaux textes sur la question, le passage de saint Mathieu, 5, 31, 32, prêtait pourtant à discussion en mettant à part la répudiation pour cause d'adultère de la femme. L'opinion dominante parmi les Pères de l'Eglise (2) est que, même dans ce cas, le divorce est prohibé : le mari doit reprendre la femme qui se repent de sa faute ; il a le droit et le devoir de s'éloigner de celle qui y persévère, mais non celui de se remarier (3). Avec saint Augustin (4), elle triompha, car le célèbre docteur eut l'art de la rattacher à l'idée que le mariage était un sacrement, image de l'union du Christ et de l'Eglise, non moins indissoluble que celle-ci (5) ; ce fut presque un dogme.

Avant le neuvième siècle, la discipline ecclésiastique n'est pourtant pas très ferme (Conciles (6) et Pénitentiels) (7). Le

(1) Le Pasteur d'Hermas, *Mand.*, IV, 1 (Gratien, **C.**, 34, q. 1, c. 7).

(2) Perrone, *De matrim. christ.*, 1858, t. 3, p. 243.

(3) Gratien, **C.**, 32, q. 7. — Tertullien, *adv. Marcion.*, 4, 34 (cf. Pothier, *Mariage*, n° 489 : droit pour le mari de répudier sa femme adultère. Origène, *in Matth.*, 14. Lactance, *Div. Inst.*, 6, 23. Grég. Naz., *Or.*, 31. Hilaire de Poitiers, *in Matth.*, 4, 22. Chrysost., *De lubello repudii.* — Saint Epiphane, *adv. haer.*, 39 (59), 4. Asterius, *in Matth.*, 19, 3. Saint Augustin, *de adult. conj.*, 2, 2 (idée de mort du conjoint adultère, cf. loi mosaïque, mort de la femme). L'Eglise d'Orient a conservé le divorce (comme un mal nécessaire), mais seulement pour cause déterminée (adultère de la femme, attentat par l'un des époux à la vie de l'autre, impuissance du mari, absence, concubinat du mari, etc.). Nov. 117. Zhisman, 729. Vering, *Kirchenr.*, p. 329. Jovanovic, *Bull. Soc. lég. comp.*, 1885; *Acad. lég. Toul.*, 1892.

(4) Tr. *de adulterinis conjugiis* (saint Matthieu permet au mari de renvoyer sa femme adultère, mais non de se remarier, ce qui eût été violer le principe chrétien de l'égalité entre époux) : *De nuptiis*, I, 10-21. Cependant, *De fide et op.*, 19, il admet que le mari qui contracte une nouvelle union ne commet qu'un péché véniel. Mais le Tr. *de adult. c.* est plus récent.

(5) Cf. Gratien, **C.**, 27, q. 2, c. 19 et suiv.; **C.**, 32, q. 7; 34, q. 1.

(6) Elvire, 305 (c. 9 : pas de peine contre l'homme qui se remarie). Arles, 314, c. 10, 24. Angers, 453. Vannes, 465, etc. Lœning, II, 609. — Tendance plus sévère dans les Lettres des papes (Grég. II à Boniface, 726; Jaffé, *Monum. Mogunt.*, p. 89; Innocent Ier à Exupère de Toulouse, 405; Labbe, 2, 1254) et dans les conciles du huitième siècle (Frioul, 796. Paris, 829. Nantes, Tribur, 895).

(7) Quelques-uns tolèrent le divorce par consentement mutuel, Théod., 2, 12, 7. Can. Greg., 65; d'autres la répudiation avec justes causes (adultère de la femme, impuissance du mari, captivité d'un des époux, etc.). Hinschius, *Z. f. Kirch.*, 20, 66. Wasserschleben, *Bussordn.*, 214, 401.

divorce est pratiqué dans l'Etat franc sans que l'Eglise s'y oppose. Dans les Capitulaires ecclésiastiques de la fin du huitième siècle des exceptions sont encore apportées à l'indissolubilité (1). Le principe posé d'une manière absolue par les Capitulaires de 789 et de 829 (2) n'était pas encore assez complètement accepté (3) pour prévenir les graves difficultés que suscita, en 857, le divorce de Lothaire et de Teutberge (4); il fallut toute l'énergie du pape Nicolas Ier pour le faire respecter. Encore la pratique du divorce était-elle si enracinée dans les mœurs qu'elle a laissé des traces dans la doctrine définitive de l'Eglise, telle qu'elle est formulée par Gratien et les Décrétales (5).

5. — **Séparation de corps** (6). — Le mot **Divortium** ne disparut pas de la langue du droit et servit à désigner : 1° la séparation des époux en cas de nullité de mariage (7); 2° la séparation de corps ou d'habitation (8), prononcée par le juge d'église (9) dans des cas déterminés : adultère de la femme, sévices

(1) Exceptions : Adultère de la femme ou même absence de virginité : lèpre, impuissance du mari; entrée de l'un des époux dans un monastère; esclavage; complicité d'attentat à la vie du mari; la femme ne suit pas le mari quand il quitte la province. Soissons, 744. Compiègne, 757. Verberie, 758 ou 768. Viollet, 445. Ass. Jérus., *C. des B.*, 172 (175) : lèpre, haut mal, ou *li put trop fièrement le nez* ou *pisse aucune nuit au lit*; l'infirme doit entrer en religion, l'autre époux se remarie. F. de Morlaas, 357. Cf. Deutéron., XXIV, 1. Ces décisions qui se retrouvent dans Gratien ont donné naissance aux nullités de mariage pour impuissance, erreur sur la condition.

(2) Cap. 789, 43; 829, 3 et autre, c. 21 (Boret., I, 56; II, 18, 46. *Capit.*, I, 42; VI, 87, 235 (que le mari reste seul ou qu'il pardonne en cas d'adultère de la femme). — Sanction : a) religieuse : excommunication, pénitence publique; *b*) civile : le comte met aux fers et en prison le contumax jusqu'à ce que l'affaire soit portée devant l'empereur.

(3) Sdralek, *Hinkmar*, 126. Scherer, 34, 50. Freisen, 801.

(4) Guizot. *Hist. de la civilis. en France*, 27e I. Isambert, I, 150 (Louis VII et Aliénor). Lot, *Les dern. Carol.*, p. 366 (Adélaïde, femme de Louis V le Fainéant, et Guillaume d'Arles). Quinquet de Monjour, *L'indissolubilité du mariage*, Thèse. 1901. Dumas, *id.*, 1902.

(5) Gratien, **C.**, 32, q. 7. **X**, *de divort.* P. Lombard, *Sent.*, 4, 35. — Cf. ci-contre; Mariage contracté, mais non consommé. Trente, s. 24, c. 7, ne frappe pas d'anathème ceux qui professent que le mariage n'est pas indissoluble (Grecs). Cf. Nullités de mariage.

(6) Cosci, *De separ. thori.* 1856. Bard, *Thèse*, 1874.

(7) *Sachsensp.*, III, 74. Pollock et M., II, 391. Lattes, p. 237. *Siete Parl.*, IV, 10. F. de Morlaas, 357.

(8) *Quoad torum et mensam*, mais non *quoad fœdus et vinculum.* Hostiensis IV, *de div.* Sanchez, I, X. Van Espen, 2, 15.

(9) Viollet, 446, 1, cite un arrêt de 1378 (Arch. nat., XI^{1a} 27, f° 11 r°) visant

graves de la part du mari, enfin apostasie ou hérésie de l'un des époux (*fornication spirituelle*). L'adultère du mari excusait celui de la femme et il entraînait la séparation si la femme, sans reproche de son côté, la réclamait. La cohabitation et le devoir conjugal cessaient d'être obligatoires, mais la réconciliation était possible (1).

6. — La **jurisprudence** des Parlements réglementa à l'époque monarchique la séparation d'habitation (2). Les causes furent laissées, en général, à l'appréciation du juge (par exemple, mauvais traitements, refus des choses nécessaires à la vie (3). Cependant l'adultère de la femme avait toujours pour effet d'entraîner la séparation, sur la demande du mari ; il n'en était pas de même de celui du mari (4). « Mout preudefame soufrir et endurer », dit Beaumanoir, « avant qu'ele se mete hors de la compaignie de son mari. »

Du moment où la séparation n'a lieu que pour certaines causes, l'intervention du juge est nécessaire, et ce fut le juge séculier qui prit ici, comme dans beaucoup d'autres cas, la place du juge ecclésiastique. L'aveu du conjoint ne fut pas regardé comme une preuve suffisante, sans quoi les séparations volontaires eussent été trop faciles. La séparation ne rompt pas le lien du mariage ; elle dispense les époux du devoir de cohabitation (5), mais non du devoir de fidélité ; le mari retient même une partie de la puissance maritale. La séparation de biens est une conséquence forcée de la séparation de corps (6).

7. — **Réaction contre l'indissolubilité. — La Réforme.** —

une séparation par consentement mutuel ; c'est une anomalie. Luchaire, *Louis le Gros*, n° 430. Beaum., 57. *Siele Part.*, VI, 12.

(1) Le mari peut même contraindre la femme adultère à reprendre la vie commune. Héricourt, *Loix ecclés.*, G. VI. Lanselot, Inst., 2, 13. Sanchez, I. X.

(2) Louet, S. 643. Ferrière, Guyot, *h. v°* (et bibl.). Pothier, *Tr. du contrat de mariage*, 6, 3. Angleterre : les cours d'Eglise ont perdu la connaissance des causes testimoniales et testamentaires seulement en 1857.

(3) Mais non les maladies d'un époux, sa démence.

(4) Beaum., 57, 4, ne regarde comme une cause de séparation que le fait par le mari d'entretenir une concubine dans la maison conjugale au vu et au su des voisins. — *Jostice*, p. 196. *L. des droiz*, 773, Gautier, *Chevalerie*, p. 360. — Cf., dans le même sens, le droit anglais (qui admet cependant la compensation des torts entre époux). Glasson, *Inst. Anglel.*, VI, 180.

(5) Enfants nés après le *dessevrement*. Beaum., 18, 6.

(6) *Olim*, III, 152 (1304). Sur la capacité de la séparée, cf. ci-après, Régime de biens entre époux. Puiss. maritale.

L'indissolubilité du mariage est l'œuvre des idées religieuses : charité chrétienne, textes de l'Ecriture, conception du sacrement. Une fois passée à l'état de doctrine officielle, les théologiens s'avisèrent de la justifier par des raisons tirées du droit naturel (1). Thèse des plus vaines, si l'on considère l'ancien droit, mais qui s'inspire d'un idéal très haut, de la pensée qu'une seule union est compatible avec la dignité de la vie *(unum corpus, una vita)*. Nul doute que le divorce ne soit un mal pour les époux eux-mêmes et encore plus pour les enfants ; mais la question est de savoir s'il n'y a pas de cas où c'est un moindre mal que la cohabitation faite d'hypocrisie, de discorde et de mépris réciproque ou la séparation de corps avec une vie de désordres. L'Eglise catholique elle-même, malgré son intransigeance, a dû faire des concessions puisque, dans sa doctrine, l'indissolubilité n'est complète que si le mariage est consommé (2) et que la nullité du mariage y dégénère parfois en divorce déguisé (3). L'Eglise réformée, par l'effet de son attachement à la Bible de préférence au Nouveau Testament, sous le coup de nécessités pratiques, réagit contre l'excès dans lequel on était tombé. Elle admit le divorce (4) au moins en cas d'adultère (5), conformément au texte de saint Matthieu, et lors-

(1) Trente, sess. 24, c. 7; Catéch. rom., *de matrim.*, 1, 11; Syllabus, *Err. de matr.*, 8, 67; Encycl. *Arcan. Div.* de Léon XIII, 10 fév. 1880. — *Add.* motifs de droit divin positif; Genèse, II, 23 (*erunt duo in carne una*); **X**, 1, 36, 11, 4, 19, 8; *in VI°*, 3, 15, 1; mais, en partant de cette idée, on aurait reconnu que le mariage des infidèles était indissoluble; comment expliquer aussi le divorce chez les Hébreux? Saint Thomas, *Summ. th.*, 2ª 2ae, q. 154, 2 c.

(2) Schling, p. 98, **X**, 4, 13, 2. Cas assez nombreux d'abord, restreints actuellement : vœu de chasteté d'un conjoint (Conc. Trente, 24, 6; cf. Cod. Just., 1, 3, 52, 3), dispense du pape (Richter et Schulte, *Conc. Trid.*, 251; *Acta S. Sedis*, 17, 353; 18, 196; 22, 262; 23, 476), mariage des infidèles (**X**, 4, 19, 7; 3, 22, 6; 3, 33, 1).

(3) Surtout au profit des puissants. Cf. divorce de Napoléon. *BCh.*, 1896, 197 (Louis XII).

(4) Friedberg, § 160 (bibl.). Richter, *Z. Gesch. d. Ehescheid. in. ev. K.*, 1858, Grübner, *Ueb. desertio*, 1882. Mossdorf, 1740.

(5) Th. de Bèze, *de repudiis*, 1566-1610. *Tr. du divorce par l'adultère*, 1586. Luther, *Mémoires*, tr. Michelet, II, 60 et *passim : v. ehel Leben*, 1522. Cf. Strampf, *op. cit.*, 364 Richter, *Kirchenordn.*, 1, 29. Milton renvoya sa première femme peu après son mariage, 1643, parce qu'*il avait découvert qu'elle était stupide*, et, pour se justifier, écrivit sur le divorce un livre que les presbytériens voulurent brûler; il se défendit par deux nouveaux traités, *Tetrachordon* et *Colasterion*, 1645. Cf. divorces de Henri VIII.

que l'un des époux abandonnait l'autre (1) ou se rendait coupable de sévices envers lui (2). On en vint même à soutenir, dans une opinion très large, que le divorce était légitime toutes les fois que l'union entre les époux était rompue au fond des cœurs et cessait d'être l'image de l'union du Christ et de l'Eglise. La législation des pays protestants se conforma plus ou moins complètement à ces théories (3).

8. — **Les philosophes du dix-huitième siècle** (4) attaquè-

Néanmoins, un statut de ce prince proclame encore l'indissolubilité ; le divorce n'entra dans la législation anglaise que plus tard, sans qu'il y eut de loi générale qui l'établit ; en 1666, le Parlement accorda à lord Ross, séparé de corps de sa femme, la permission de se remarier ; dorénavant, il fallut un acte du Parlement, c'est-à-dire une loi spéciale pour divorcer. Les frais de la procédure étaient si élevés, que le divorce constituait un privilège aristocratique. La l. de 1857 l'a mis à la portée de tous en instituant la Cour des divorces, qui remplace à la fois les tribunaux ecclésiastiques et le Parlement. Glasson, *Inst. Angl.*, V, 90 ; VI, 177. Lehr, *Dr. Angl.*, 58. Albrecht, *Verbrechen u. Strafen als Ehescheidungsgrund*,, 1903 (dans les *Kirchenrechtl. Abhandl.* de Stutz . De Maulde, *Procès politiques sous L. XII*, 1885 (Doc. inéd.).

(1) 1 Cor., VII, 15. Luther : abandon frauduleux en dehors de tout motif religieux (Strampff, 354, 381, 386, 399). Il admet aussi le divorce pour causes graves. Bossuet, *Hist. des variations.*

(2) Melanchthon, *De conjug.*, 1551. Cf. Schneidewin, *Tract. connub.*, p. 468.

(3) Struve, *De jure divort.*, 1721.

(4) Avant eux, au seizième siècle, Montaigne, *Essais*, 2, 15 ; Charron, *Sagesse*, 1, 6 ; Bodin, *Républ.*, 1, 3 ; au dix-septième siècle, Grotius, Puffendorff, Locke, Milton dans ses vigoureux pamphlets, Quevedo dans ses écrits satiriques. — Au dix-huitième siècle, les partisans du divorce se multiplient : Montesquieu, *L. pers.*, 116 ; *Esp. des lois*, 23, 2 ; Voltaire, *Dict. philos.*, v^is^ *Mariage*, *Droit canonique* ; *Mém. d'un magistrat écrit vers 1764* : Toussaint, *Les mœurs*, 1748 ; Lavie, *Des corps politiques*, 1764, c. 8 ; d'Holbach, Helvétius, etc. — Diderot, dans son *Supplément au voyage de Bougainville*, 1773, va plus loin et préconise une sorte de mariage à terme auquel avait songé aussi le Maréchal de Saxe (*Réflexions sur la propagation de l'espèce humaine*, *Rêveries*, 1754) ; cf. suite du *Rêve de d'Alemberl.* Helvétius, *De l'Homme*, sect., 8 : suppression du mariage et éducation des enfants par l'Etat, au moins au profit des plus braves, des plus industrieux, des plus intelligents. Cf. brochures qui sont comme les travaux préparatoires des lois révolutionnaires, et dont la plus connue est le *Cri d'un honnête homme*, 1768 ; l'auteur, Philibert, prêteur à Landau, réclame le divorce en montrant qu'il n'est pas contraire à la religion catholique, qu'il est favorable aux bonnes mœurs et utile à l'Etat. Reproduit dans (Cerfvol), *Législ. du divorce*, 1769. Du même, *Mém. s. la population*, 1768 (reprod. dans *Entretiens sur le div.*, par M. de V..., 1770) ; *Cri d'une honnête femme*, 1770 ; *Intérêt des femmes au rétabliss. du divorce*, 1771. (Le Sc. des Maisons), *Contrat conjugal*, 1781. — Cf. *Code de l'Humanité*, 1778 (v° *Divorce*). — D. Calmet, *Sainte Bible*, III, 62, 1779.

rent l'indissolubilité au nom de la liberté individuelle et du droit naturel (1). Selon eux, le mariage n'est qu'un contrat susceptible d'être dissous comme un autre (accord réciproque); il est d'une bonne politique de favoriser les divorces, parce que les unions mal assorties qu'on s'obstine à maintenir restent stériles (2). Le relâchement (3) des mœurs et l'exemple des pays protestants (4) contribuèrent, plus que tous les arguments, à propager ces doctrines (5).

9. — **Lois révolutionnaires** (6). — La Révolution (7), en sécularisant le mariage, en déclarant qu'il ne constituait qu'un

(1) Montaigne, 2, 15. Montesquieu, *Lett. pers.*, 16. Voltaire, *Dict. philos.*, v^is^ *Mariage*, *Divorce* : « Le divorce est probablement de la même date à peu près que le mariage. Je crois pourtant que le mariage est de quelques semaines plus ancien ; c'est-à-dire qu'on se querella avec sa femme au bout de quinze jours, qu'on la battit au bout d'un mois, et qu'on s'en sépara après six semaines de cohabitation. »

(2) *Ibid.* Voltaire, *Dict. philos.*, v° *Adultère* : « L'empereur Joseph II vient de donner à ses peuples une nouvelle législation sur les mariages. Par cette législation le mariage devient ce qu'il doit être : un simple contrat civil. Il a également autorisé le divorce sans exiger d'autre motif que la volonté constante des deux époux. Sur ces deux objets, plus importants qu'on ne le croit pour la morale et la prospérité des Etats, il a donné un grand exemple qui sera suivi par les autres nations de l'Europe, quand elles commenceront à sentir qu'il n'est pas plus raisonnable de consulter sur la législation les théologiens que les danseurs de corde. »

(3) Italie : *paliti, cavalieri serventi.* Salvioli, n° 180. Lavie se demande si le divorce corrompt les mœurs ou si ce sont les mœurs corrompues qui multiplient le divorce. Goncourt, *La femme au XVIII^e^ s.*; *Hist. de la société fr. pend. la Révolution*, *pend. le Directoire.*

(4) A quoi de Bonald répond, avec M^me^ Necker, que les pays protestants n'usent pas du divorce : attribuer les bonnes mœurs de ces pays à la faculté de divorcer, c'est faire honneur de la bonne santé des habitants d'une contrée à un médecin du voisinage qui n'y est jamais appelé.

(5) Néanmoins, il n'y a que deux cahiers qui réclament le divorce en 1789 (Théatins à Paris, Fleury-Mérogis).

(6) M. d'Auteville, *Rev. de la Révol.*, II, 206, 473 (1883). Sagnac, 282. Damas, thèse, 1897. Mallet, 1900. Cf. Naquet, *op. cit.*; *Religion, propriété, famille*, 1869.

(7) (Matigny), *Tr. de la loi du divorce*, 1789. Hennet, *Du divorce*, 1789-1792 (Du même, *Pétition à l'Ass. nationale par Montaigne, Charron, etc.*, 1791, extraits d'auteurs favorables au divorce, avec bibliog.) (Linguet, *Légitim. du div.*, 1789. *Obs.* par le comte d'Antraigues, 1789; par (Bouchotte), 1790. Dans presque tous ces écrits, la légitimité du divorce est discutée et affirmée au point de vue religieux. En sens contr., Chapt de Rastignac, *Accord de la révél. et de la raison c. le divorce*, 1790. Barruel, *Lettres s. le divorce*, 1790. M^me^ Necker, *Réflexions s. le divorce*, 1794. D. Hume, 18^e^ essai.

contrat civil (1), indépendant du sacrement, applicable à des confessions religieuses diverses, les unes admettant, les autres rejetant le divorce, ne pouvait manquer de rompre avec le principe catholique de l'indissolubilité (2). Il faut dire aussi qu'elle subit en cela l'influence des idées philosophiques du dix-huitième siècle (3).

A la suite de diverses motions ou adresses qui restèrent sans effets et après une longue discussion (4), le principe du divorce fut consacré par l'Assemblée législative (5): il était implicitement contenu dans la Constitution de 1791, qui déclarait que le mariage n'était qu'un contrat civil. Le décret du 20 septembre 1792 organisa l'institution nouvelle. Le divorce fut permis dans trois cas : pour causes déterminées, par consentement mutuel, pour incompatibilité d'humeur (6). Dans ces deux der-

(1) Le D. du 20 sept. 1792 constate que « plusieurs époux n'ont pas attendu, pour jouir des avantages de la disposition constitutionnelle suivant laquelle le mariage n'est qu'un contrat civil, que la loi eût réglé le mode et les effets du divorce. »

(2) Faulcon, *Précis hist. de l'établiss. du divorce*, 1800.

(3) En argumentant, comme on le faisait, de l'inaliénabilité de la liberté individuelle et de l'inconstance naturelle à l'homme, on aurait dû admettre le mariage à terme, la polygamie, etc. Cf. Diderot, le mar. de Saxe, le landgrave de Hesse (du temps de Luther, *Mémoires*, II, 60).

(4) Et non, en quelque sorte, par surprise. C'est à tort qu'on a qualifié le D. 1792 d'acte *in extremis* de la Législative, voulant dire par là qu'il avait été peu réfléchi.

(5) Sur la motion d'Aubert-Dubayet (30 août 1792) : nous voulons que toutes les unions reposent sur le bonheur...; loin de rompre les nœuds de l'hyménée, vous les resserrez; dès que le divorce sera permis, il sera très rare. A Rome, il fut quatre cents ans en vigueur avant qu'on en usât. Cf. l'exhortation fraternelle du citoyen Chaumette, président de la Commune, aux époux, parmi lesquels étaient deux couples séparés, que la loi du divorce réunit (*Moniteur*, 1792, n° 297) : « le règne des mœurs commence...; libres de se séparer, les époux n'en sont que plus unis. Le divorce est le père des égards mutuels, des complaisances, des soins, perpétuel aliment des feux honnêtes...; le divorce est le dieu tutélaire de l'hymen, puisqu'il le fait jouir d'une paix inaltérable. Le mariage n'est plus un joug, une chaîne. »

(6) A° Les *justes causes du divorce* peuvent se ramener à deux : *a*) impossibilité de cohabiter, c'est-à-dire de remplir la fin du mariage: démence, abandon pendant deux ans, absence sans nouvelles pendant cinq ans, émigration (attestée par un simple acte de notoriété!) (D. 8 avril 1792); *b*) violation grave par l'un des époux de ses devoirs conjugaux : dérèglement de mœurs notoire, sévices ou injures graves, abandon. Dans ces cas, il s'agissait d'infliger une peine à l'époux coupable, ou de rendre sa liberté à l'époux innocent victime d'un accident; nul délai d'épreuve n'était imposé:

niers cas, la procédure se compliquait : elle comportait des délais et des essais de conciliation, de façon à permettre aux époux de revenir sur leur détermination. Le décret du 4 floréal an II (22 avril 1794) supprima toutes les garanties contre les ruptures irréfléchies ; le divorce fut permis sur la simple production d'un acte de notoriété constatant que les époux vivaient séparés de fait depuis six mois au moins ou que l'un d'eux avait abandonné l'autre depuis le même temps (par exemple le mari est à l'armée) (1).

Les époux divorcés pouvaient se remarier avec toute personne, même avec le complice de l'adultère (2), même entre eux. Un délai de viduité d'un an leur était imposé en règle générale, afin d'éviter la confusion de part chez la femme et, pour les deux époux, afin d'empêcher que le convol immédiat à

un *tribunal arbitral* constatait les faits, décidait auquel des époux la garde des enfants serait confiée, et renvoyait les parties devant l'officier de l'état civil chargé de prononcer le divorce. — B° Le *consentement mutuel* qui avait formé le mariage le dissolvait tout comme les autres contrats, auxquels on l'assimilait à tort ; c'était aussi un moyen pour les époux d'éviter des débats scandaleux, quand il y avait des raisons de divorcer ; cependant l'officier de l'état civil n'enregistrait le divorce qu'après un essai de conciliation devant une assemblée de famille (6 parents ou amis) et des délais de deux ou quatre mois suivant qu'il y avait ou non des enfants. — C° Le divorce était possible aussi sur la demande d'un seul des époux pour *incompatibilité d'humeur ;* le conjoint qui ne voulait pas révéler les motifs de la séparation pouvait y recourir, de façon à sauvegarder l'honneur de la famille ; puis, comme il n'y a, en fait, aucun moyen d'empêcher celui des époux qui est las du mariage de s'éloigner de l'autre, on régularisait cette situation de fait en permettant à l'autre de se créer une famille nouvelle. Mais comme il était à craindre que la séparation n'eût lieu à la légère, les épreuves étaient multipliées et les délais accrus ; après trois tentatives de conciliation à des intervalles de un, deux et trois mois devant l'assemblée de famille, l'officier de l'état civil prononçait le divorce dans la huitaine. — La séparation de corps fut abolie, parce qu'on lui trouvait tous les inconvénients du divorce sans ses avantages.

La loi anglaise admet à la fois la séparation de corps et le divorce ; la seule cause légale de divorce est l'adultère, simple chez la femme, aggravé chez le mari (rapt, inceste, cruauté envers la femme, etc.). La séparation de corps s'obtient plus facilement ; mais elle ne peut avoir lieu par voie de consentement mutuel (au moins en droit). Glasson, Lehr, *op. cit.*

(1) Cf. D. 23 vend. an II (14 oct. 1793) ; 8 niv. an II (28 déc. 1793) ; 4 flor. an II (22 avr. 1794) ; 24 vend. an III (15 oct. 1794).

(2) *Sic*, dr. anglais. Glasson, VI, 181 : On est réputé manquer à l'honneur, lorsqu'après avoir séduit une femme mariée, on ne répare pas sa faute en l'épousant. — *Secùs*, dr. canon, etc. : On craint que la possibilité du mariage ne soit un encouragement à l'adultère. C'est peut-être le contraire qu'il faudrait redouter, Starcke, p. 65.

de secondes noces ne fût la cause déterminante de leur séparation (stage un peu bref!). Les biens se partageaient comme au cas de prédécès de l'un deux, sauf des déchéances contre l'époux coupable dans certains cas de divorce pour causes déterminées, et sauf la nullité des avantages faits par contrat de mariage par l'un d'eux à l'autre. Les arbitres de famille avaient toujours la faculté d'allouer à l'époux indigent une pension viagère sur les biens de l'autre. Chacun d'eux contribuait, selon ses facultés, aux frais d'entretien et d'éducation des enfants. Les filles de tout âge et les garçons de moins de sept ans étaient confiés à la mère, les garçons de plus de sept ans au père; cependant les époux étaient libres d'en décider autrement. En cas de divorce pour cause déterminées, c'était à l'assemblée de famille à se prononcer sur la question (1).

L'application qui fut faite de ces lois n'est pas de nature à recommander l'institution du divorce. On dirait que les Français d'alors prirent à tâche de démontrer par l'absurde l'excellence de l'indissolubilité catholique. Dans les villes où le mal se fit sentir presque exclusivement, le mariage se rompit pour un caprice, aussi facilement que s'il s'était agi d'un simple louage de services; à Paris, s'il faut en croire les travaux préparatoires du Code civil, il y aurait eu, en l'an IX, mille divorces pour trois mille mariages (2). Dès 1795, des protestations se firent entendre à la Convention. Cette assemblée dut suspendre l'application des décrets du 2 nivôse et 4 floréal an II (« lois désastreuses qui roulent un torrent d'immoralité »). Sous le Directoire, on demanda et on discuta à plusieurs reprises l'abolition du divorce pour incompatibilité d'humeur; mais on n'aboutit qu'au décret du 1er jour complémentaire de l'an V, aux termes duquel les délais légaux étaient, en ce cas, prolongés de six mois.

Quoique discrédité, le divorce conservait encore beaucoup de partisans (3) il trouva place dans le Code civil, malgré les cri-

(1) Cf. Lehr, *Dr. angl.*, p. 65.

(2) Treilhard, dans Fenet, IX, 562. Disc. de Carrion-Nisas au Tribunat : en l'an IX, le nombre des mariages, à Paris, a été de 4,000; celui des divorces, de 700; en l'an X, celui des mariages, de 3,000 seulement; celui des divorces, de 900. — Du 1er janvier 1793 au 17 juin 1795, 5,987 divorces à Paris. Cf. *supra*, les prévisions d'Aubert-Dubayet. En 1897, il y a eu à Paris près de 3,000 divorces; de 9,000 à 10,000 dans toute la France.

(3) Maintien demandé par presque tous les tribunaux d'appel.

tiques des catholiques, comme de Bonald (1); mais la législation nouvelle fit un pas de plus dans la voie de la réaction en supprimant le divorce pour incompatibilité d'humeur et en rétablissant la séparation de corps qui n'existait plus depuis 1792 (*divorce des catholiques*).

Rare sous l'Empire (2), le divorce disparut de nos lois en 1816 (3), pour y figurer de nouveau depuis 1884 (4).

(1) Dans son livre sur le *Divorce*, 1801, de Bonald raisonne en politique plus encore qu'en théologien. Il soutient que le divorce nuit aux enfants et aux époux eux-mêmes, surtout à la femme (elle n'en peut sortir avec toute sa dignité ; de tout ce qu'elle a porté dans la société, elle ne peut, en cas de dissolution, reprendre que son argent ; entrée dans la famille, jeune et féconde, elle risque trop d'en être chassée, quand elle est vieille et stérile, c'est-à-dire alors qu'elle ne saurait se créer une famille nouvelle. — De là on peut conclure seulement qu'il faut rendre le divorce difficile et punir celui par la faute duquel il arrive) ; que le mariage n'est pas un contrat ordinaire (sa rupture est une sorte de faillite morale; elle ne rétablit pas le *statu quo ante* ; presque jamais le divorce n'est libre. — C'est dire que l'intervention des tribunaux est nécessaire); enfin que, s'il est des situations intolérables, où le divorce paraît indispensable, ce sont des exceptions fâcheuses dont le législateur ne saurait tenir compte (accidents comme la folie ou faute de la part des époux qui se sont mariés à la légère; en tout cas, l'individu doit être sacrifié à la société. — L'intérêt social est-il de conserver à tout prix de mauvais ménages ?). Polygamie successive, aussi fâcheuse aux yeux de Bonald que la polygamie simultanée, tel est le divorce. — Rien de plus faux ; la loi ou les mœurs peuvent empêcher l'abus des divorces — Cf. Legrand, *Le mar. et les mœurs en France*, 1880. Starcke, p. 99, relève l'opposition de vues sur ce sujet entre la race latine et la race germanique. Le divorce serait un bien en Allemagne, un mal en France.

(2) Divorce de Napoléon et de Joséphine par le sénatus-consulte du 16 décembre 1809. Chose assez plaisante, le statut du 30 mars 1806, art. 7, interdisait le divorce aux membres de la famille impériale. *Add.* F. Masson, *Joséphine divorcée*, 1901, à la bibl. de Viollet, 449, 1 : Welschinger, *Le div. de Napoléon*, 1889, Dolhagaray, *R. d. sc. ecclésiast.*, 1889, t. 9, 534 et suiv. Sehling, *Z. f. Kirchenr.*, 1885, 1. Duhr, *Z. f. Kath. Theol.*, 1888. — Deux motifs furent invoqués devant l'officialité de Paris pour faire annuler le mariage religieux célébré secrètement la veille du sacre par le cardinal Fesch : 1° défaut de publicité, absence du propre curé et des témoins exigés par l'Eglise ; 2° défaut de consentement, Napoléon n'ayant donné qu'un consentement simulé pour être agréable à Joséphine, Simples prétextes que personne ne prit au sérieux (cf. détails dans Welschinger)! Le pape seul eût été compétent, mais Napoléon le retenait prisonnier à Savone.

(3) Sans que l'opinion publique qui l'avait accueilli avec enthousiasme en 1792 s'en émût. Chrestien de Poly, *Divorce*, 1815.

(4) Note du Saint-Siège, *Arch. f. kath. kirch.*, 54, 166, et Encycl. *Arcanum divinae*, 10 fév. 1880.

§ 7. — *Secondes noces* (1).

1. — **Droit barbare.** — La répugnance pour les seconds mariages, mais seulement pour les seconds mariages des veuves, est fréquente dans les législations anciennes, partout où la famille a adopté le type patriarcal (2) comme en Germanie (3). La veuve ne quittait pas la maison de son mari et passait sous le pouvoir du nouveau chef de famille (son fils, le frère de son mari) ; sa condition différait peu de celle d'une fille non mariée (4). Mais il n'était pas rare qu'elle se trouvât, seule ou avec des enfants en bas âge, sans protecteur. Tantôt sa famille naturelle la reprenait (5), tantôt elle restait isolée, devenant alors un vrai chef de famille, au moins de fait (6).

2. — Le **Reipus** (7). — Cette situation irrégulière permet peut-être de comprendre l'énigmatique titre de la loi Salique sur le mariage des veuves. Il contient et consacre une règle-

(1) Bibliographie. — Ci-contre, Famille, Mariage, Droits de viduité. — Del Vecchio, *Sec. Nozze*, 1885. — Jolly, *Des seconds mar.*, 1896. — Esmein, II, 99. — Freisein, 656-665. — Pertile, § 113. — Salvioli, § 187. — *Dig. ital., h. v°*. — Stobbe, § 248. — Wolff, *Wittwenehe, Mitth. Œst. Inst.*, 17.

(2) Croyances animistes : veuve indienne. Grimm. 451. Procope, *de b. g.*, 2, 14 (Hérules). Michelet, *Orig.*, 54. — Cf. lévirat juif. Flach, *Lévirat*, 1901. En beaucoup de lieux, charivaris (*concerrade* à Naples). Quatorzième siècle : Faber, *Inst. de inj.*, § *Injuria*. Frèminville, *Dict. de police*, *h. v°* (punis par les ordonnances et les arrêts). Salvioli, 336. Pertile, 3, 365, n. 23.

(3) Tacite, *Germ.*, 19 : *civitates in quibus tantum virgines nubunt... unum accipiunt maritum quomodo unum corpus unamque vitam.*

(4) *L. Sax.*, 7, 3 : *qui viduam ducere velit offerat tutori pretium ejus. Si tutor abnuerit, convertat se ad proximos ejus* (famille naturelle de la femme) *et eorum consensu accipiat illam, paratam habens pecuniam ut tutori ejus dare possit.* Cf. *Rothar.*, 182. *Capit*, éd. Bor., I, 13, c. 25 et suiv. Amira, *Erbenfolge*, 32. Sur le dr. franç., ci-après, *Tutelle*.

(5) *Sax.*, 7, 3. *Roth.*, 182 : la veuve qui ne peut ou ne veut se remarier reste sous le *mundium* des parents du mari, mais s'ils la maltraitent, elle peut retourner auprès des siens et, à défaut, se placer sous le *mundium* du roi.

(6) Kowalewsky, p. 174. Dareste, *Études*, p. 90.

(7) *L. Sal.*, 44. Cf. Form. lombarde, Thévenin, *Textes*, n° 47. *Burg.*, 24, 60. *Wis*, 3, 2, 1. *Sax.*, 42. *Roth.*, 182. — Laboulaye, *Cond. des femmes*, 160. Pardessus, *L. Sal.*, 687. Schrœder, *Gesch. d. ehel. Güt.*, I, 56; *DRG*, 299. Sohm, *Ehescht.*, 63; *R. u. Ger.*, 67, 370. Amira, *Erbenf.*, 30. Dargun, *Mutterrecht*, 141. Lamprecht, *D. Wirthschafts l.*, I, 32. Peters, *De reipus*, 1830. Weinhold, *Z. f. Deut. R.*, 1849, 539. Dareste, *Études*, 409. Habicht, 16. Glasson, III, 29. Brissaud, *Rech. s. la tutelle des femmes*, p. 18. Ficker, *Erbenf.*, III, 525. Cf. ci-après, *régime de biens entre époux*.

mentation introduite par la pratique, mais encore contestée : les parties se rendent au *mallus* ; là, le nouveau conjoint donne 3 sous et un denier, à titre de prix d'achat (symbolique), aux parents *maternels* de la veuve (1) et, à défaut, aux parents de son premier mari, *pourvu qu'ils ne soient pas les héritiers de celui-ci* (2). Cette singulière institution du *reipus* (3) semble être moins un vestige du primitif matriarcat (4) qu'une contrefaçon du mariage ordinaire, arrangée de manière à laisser la veuve indépendante. On lui donnait un *mundoaldus* fictif pour procéder aux fiançailles et recevoir le prix d'achat symbolique, mais en ayant soin de le prendre parmi ceux qui ne pouvaient pas avoir sur elle le *mundium* réel : le véritable *mundoaldus* risquait de ne pas vouloir consentir au mariage de la veuve afin de ne pas perdre le bénéfice de sa dot (5). Le Capitulaire de 819, c. 8, soumit les veuves au droit commun en les obligeant à se pourvoir du consentement de leurs parents (famille naturelle) (6).

(1) Et non du mari décédé. La question est très discutée. Geffcken, p. 171. En sens contraire, on argumente des mots *superiores nominati*, § 9, et la mention du mari, § 8, s'expliquerait par l'opposition avec le *frater* du § 7.

(2) En l'absence de ces formalités, une composition de 63 s. est due aux créanciers du *reipus*, mais le mariage n'est pas annulé.

(3) Etymologie : *Reif*, *ring*, anneau et, p. ext., argent. D'après Meyer, *Badisch. Hochzeitsbrauch*, 1896, *Reipus* = *Seilgeld*. ZSS, 1898, *GA*, 195. Cf. sur ce mot et sur *achasius*, Kern, dans Hessels, § 270. Geffeken, *h. v°*.

(4) Dargun, *Mutterrech*, p. 141-151. Dans cette opinion, pourquoi attribuer le *reipus* aux parents du mari ?

(5) Sohm, *Eheschl.*, 63, voit dans le *reipus* une peine contre les secondes noces. Cf. Heusler, II, 280, 307. Ficker, *Erbenfolge*, I, 512; III, 531. Mais pourquoi attribuer cette amende, si c'en est une, aux parents énumérés par la loi? Habicht, *Verlob.*, 19. — On ne peut guère y voir avec Amira, Lamprecht, une compensation pour la perte de la *Gerade*, car la *Gerade* revenait à d'autres parents. — Analogie remarquable avec Cod. Théod., 3, 7, 1 (relevée par Brunner) : les parents appelés à la succession des veuves n'ont pas à consentir à leur convol en secondes noces. Mais il n'est pas question de prestation analogue au *reipus*, ni d'un classement de parents comme celui qu'on trouve dans la loi Salique. La célèbre formule lombarde du onzième siècle (Canciani, *L. Barb.*, II, 476) suppose, contrairement à la loi Salique, un *reparius* (du nom de Sénèque) ayant le *mundium* sur la veuve (Sempronia, veuve de Thersite et fille de Cicéron) : c'est une fantaisie de notaire érudit. Laboulaye, p. 162. Cf. *Rotch.*, 182. Thévenin, n° 48.

(6) L'Edit de Chilpéric, c. 2, semble supprimer le *reipus*, ce qui expliquerait que les formules ne le mentionnent pas (pas plus que l'*achasius*), mais rendrait inutile le Cap. de 819; il est vrai qu'il n'innove pas (*in. f.*).

3. — **L'achasius**. — Dans les Capitulaires ajoutés à la loi Salique, l'opération déjà difficile du mariage des veuves se complique. Ce n'est pas assez que le nouveau mari paye le *reipus* ; la veuve doit encore traiter avec les parents de son premier mari *ut pacem habeat* et leur abandonner, à titre d'*achasius* (1), environ un dixième de la dot qui lui a été constituée par ce dernier, et, en outre, si elle n'a pas d'enfants, un lit garni, des garnitures en rapport avec ce lit, un escabeau recouvert et des chaises qu'elle a apportées de la maison de son père ; faute de quoi, elle perd les deux tiers de sa dot et paye 63 sous au fisc (2). — Le convol en secondes noces d'un veuf donnait lieu à une réglementation du même genre : il conserve la dot jusqu'à la majorité des enfants ; faute d'enfants il en laisse les deux tiers aux plus proches parents de la femme, en retour d'une part du mobilier : à supposer qu'ils se refusent à céder du mobilier, on ne leur attribue que le tiers de la dot (3). Préoccupée des intérêts des enfants du premier lit, la loi défend à l'époux binube, veuf ou veuve, d'aliéner à leur préjudice la dot (germanique) de la femme (4). L'édit de Chilpéric, c. 4, partage purement et simplement la dot par moitié entre la veuve ou le veuf et les parents du mari défunt ou de la femme prédécédée lorsqu'il n'y a pas d'enfants (5).

4. — **Droit canon**. — Sur la question des secondes noces, l'Eglise chrétienne se trouve plus d'accord avec l'esprit du droit germanique qu'avec la législation romaine de l'empire qui poussait les citoyens au mariage (6). Sans aller jusqu'à les condamner, elle les vit de mauvais œil (7). Le mariage *cum unica et virgine* symbolisait seul, à ses yeux, l'union du Christ et de

(1) Pardessus, *L. Sal.*, 687. Geffcken, *id.*, p. 239 (bibl.).

(2) Elle leur enlève la jouissance de la dot : *inde irae !*

(3) Sauf convention contraire faite à une époque antérieure par *adfatimus*.

(4) Cf. ci-après, Douaire (droits des enfants). Déchéance.

(5) *Sal.*, 72. *Alam.*, 55. *Bai.*, 15, 8. Cf. *Roth.*, 182. *MGH. LL*, IV, 333. Thévenin, n° 48. *Wiss.*, 4, 2, 14. Papien, 19. *Burg.*, 24, 62, 69, 42, *Alam.*, 55.

(6) Réaction déjà sous le Bas-Empire, sous l'action des idées chrétiennes, mais surtout dans le but de garantir les intérêts pécuniaires des enfants. Meynial, p. 63. Boissonade, *Hist. des droits de l'époux surv.*, 1874. Ci-après.

(7) Paul, 1 Cor., 7 (*cui vult nubat mulier*). Nicée, 325, c. 8. Goffredus, *Summa*, p. 194 (cite saint Jérôme). Hostiensis, *Summa*, IV, *sec. n.* — L'Eglise d'Orient interdit les quatrièmes mariages et même les troisièmes entre personnes ayant plus de quarante ans et des enfants du premier lit. Zachariae, *Jus graeco-rom.*, 3, 227. Zhisman, p. 308, 449. Perrone, III, 98.

l'Eglise, et encore était-ce un état inférieur au célibat ; on toléra les secondes noces, comme une sorte de récidive, en les frappant de certaines peines : *a*) pénitences (1) ; *b*) incapacité de recevoir les ordres sacrés (2) ; *c*) pas de bénédiction nuptiale (3). Mais si le droit canon les détournait du mariage, le droit féodal, plus en harmonie avec leur inclination naturelle, faisait aux veuves un devoir de se remarier, dans leur propre intérêt, pour ne pas être dépouillées de leurs biens, et dans l'intérêt du seigneur, afin que le service du fief fût assuré (4). Peut-être est-ce par suite de ce conflit entre les mœurs féodales et l'esprit chrétien que l'Eglise, contrairement au droit romain, n'obligea pas la veuve à attendre l'expiration de l'an de deuil, sous peine d'infamie, avant de convoler en secondes noces (5). Le Parlement de Paris considéra que les Décrétales avaient aboli non seulement l'infamie, mais les autres peines des secondes noces (6), tandis que, dans les **pays de droit écrit**, elles ne cessèrent pas de s'appliquer (7) : 1° La femme qui se remarie (ou malverse) dans l'an de deuil perd tous les avantages nuptiaux et toutes les libéralités à elle faites par le mari (8). — 2° S'il n'y a pas d'enfants du premier lit, la femme ne peut constituer à son deuxième mari à titre de dot ou lui laisser par testament plus du tiers de ses biens. — 3° la femme est incapable d'hériter *ab intestat* de ses parents collatéraux au delà du troisième degré et de rien recevoir des étrangers à cause de mort (9) — C'étaient là les peines du mariage dans l'an de

(1) **C.**, 31, q. 1, c. 8 (Gratien). — Cf. Orient. Néocésarée, c. 3. Laodicée, c. 1. Nov. 90 de Léon. — Van Espen, 2, 15. Sanchez, 7, 81-91.

(2) Pour l'homme qui se remarie ou pour celui qui se marie avec une veuve ou avec une fille qui n'est pas vierge, on les qualifie de *bigames*. Gratien, **D.**, 33, c. 2 (a. 490) ; 34, 9. **X**, 1, 21, 2, **VI°**, 3, 2, 1.

(3) *Faux Capit.*, 2, 130, 408. **X**, 4, 26, 1, 3.

(4) Ci-dessus : le fief, t. I. De même, veuve d'artisans, de paysans. Stobbe § 248.

(5) Dig., 3, 2, 10 et 11. Petrus, 1, 38. Pœnitent. Theod., 12, 9. — Au neuvième siècle, la règle romaine était tombée en désuétude. Anségise, IV, 17 ; *Cap.*, V, 106, 233. 222. **X**, 4, 21, 4. Italie : *Const. leg. Pis.*, 23. *Const. Amalf.*, 10. — Sur la preuve de la mort du conjoint, cf., **X**, 4, 1, 19 ; 4, 21, 2. **C.**, 34, q. 1, c. 2. Ci-dessus, p. 1045, 3. Beaum., 57, 11. *Jost.*, 220.

(6) Laur. s. Loysel, 175. Ci-après, bibl. Garonis, *De pœnis 2^a^ nub.*

(7) Motifs d'honnêteté publique, fiction du mariage continué pendant l'an de deuil. Ass. de Jérus., *C. d. B.*, 166.

(8) Cod. Théod., 3, 8, 1. Perte de la quarte pauvre et du droit de succession. *F. de Nav.*, 4, 3, 6.

(9) Dons entre vifs ? Glose, s. l. 1. Cod. Just., *de sec. nupt.* Cujas, s. *Nov.*, 22, c. 22.

deuil (1): la veuve qui convole en secondes noces après l'an de deuil est privée simplement de la propriété des gains nuptiaux qui lui viennent de son premier mari (ou des dons et legs sous condition de ne pas se remarier).

5. — **Protection des enfants du premier lit** (2). — A ces peines s'ajoutaient, dans les pays de droit écrit, les mesures tirées, dans l'intérêt des enfants du premier lit, des lois *Feminae quae*, *Generaliter* et *Hac edictali* (3). L'édit de juillet 1560 les appliqua dans tout le royaume parce que, comme dit le préambule, les veuves ayant enfants, ne connaissant pas être recherchées plus pour leurs biens que pour leurs personnes, font à leurs nouveaux maris des donations immenses (4). Ces libéralités scandaleuses étaient plus difficiles autrefois en pays de coutume; c'est pour cela sans doute que la jurisprudence n'avait pas senti le besoin d'y rétablir les lois romaines. — *Premier chef de l'Edit* (5). Défense est faite aux veuves de donner leurs biens personnels (6) à leur nouveau mari (7), au delà d'une part d'enfant le moins prenant (8), sous peine de réduction (9). — *Deuxième chef de l'Edit*. Nullité des dispositions faites

(1) Cf. 1., 20 septembre 1792, 3, 2.

(2) Guyot, Ferrière, v° *Noces* (bibliog.). Boucher d'Argis, *Tr. des gains nuptiaux*, 1738. Dupin, *Peines des secondes noces*, 1743. Astruc, *id.* 1750. Cambolas, *id.* (cité par Astruc, p. 7). Champagne, *Tr. des secondes n.*, 1720. Launoy, *Insl.*, 2, 7. Lebrun, *Succ.*, 2, 6. Ricard, 3, 9. Pothier, t. 6 et 8. D'Aguesseau, éd. 1772, IV, 25. — Boissonade, *Dr. du conj. surviv.* (bibl.). Dupuis, thèse, 1887. Stobbe, § 248. Britz, *Cod. belg.*, 552. Bourjon, 11, 197.

(3) Cod. Just., 5, 9, 3, 5. 6. Cf. Cod. Théod., 2, 21, 1, 2 (358); 3, 8, 2 (832); Nov. 7 (469).

(4) « Mettans en oubly le devoir de nature envers leurs enfans, de l'amour desquels tant s'en faut qu'elles se deussent eslongner par la mort des pères, que les voyans destituez du secours et ayde de leurs pères elles devroient par tous moyens s'exercer à leur faire le double office de père et de mère. » Ci-dessus, Ordonnances, t. I. L'Edit fut rendu à l'occasion du mariage de Catherine d'Aligre.

(5) L. *Hac Ediciali* (Cod. Just., *de sec. nupt.*, 6), en 469. C. civ., 1098. — Les arrêts appliquèrent cette règle aux veufs dont l'Edit ne parlait pas parce qu'il avait été émis à propos du mariage d'une veuve.

(6) Même par contrat de mariage (clauses d'ameublissement, etc.). Denisart, v° *Noces*. Arr. 29 janv. 1658. — C. civ., 1496.

(7) Directement ou par personnes interposées (on présume telles les descendants ou ascendants du nouvel époux). Denisart. v° *Noces*, n° 20. L'ancien droit ne distingue pas les donations par personnes interposées et les donations indirectes; il y avait réduction dans les deux cas. Cf. C. civ., 1099.

(8) Louet, N, 3, 22 (arr. 1651). Plusieurs mariages; tous les nouveaux maris ensemble n'ont droit qu'à une part d'enfant. Pothier, n° 566.

(9) La réduction atteint les tiers et profite aux enfants du deuxième lit.

par les veuves et veufs au profit de leur nouvel époux sur les biens qui leur venaient du conjoint prédécédé (1): ces biens devaient être réservés aux enfants du premier lit (2). — Ces dispositions furent complétées par l'article 279 de la Coutume de Paris (3), décidant que les conquêts faits avec le premier mari ne pourraient pas être donnés par les veuves à leur nouveau conjoint; et par l'article 182 de l'Ordonnance de Blois, établissant des peines contre les veuves qui se remariaient avec des personnes indignes comme leurs valets (4). De cette législation il n'est resté que le premier chef de l'Edit de 1560 (5).

Les secondes noces avaient aussi pour effet de restreindre les droits des parents sur la personne de leurs enfants; il en sera question plus loin, à propos de la puissance paternelle et de la tutelle.

§ 8. — *Union autre que le mariage*

1. — Notre loi ne reconnaît plus qu'une seule espèce de mariage, le même pour tous. Dans les vieilles législations, à côté du mariage proprement dit, il n'est pas rare qu'il existe des unions d'ordre inférieur. C'est ainsi qu'on peut distinguer dans le droit barbare: le mariage entre ingénus d'égale condition, avec ou sans *mundium*, le concubinat, l'union avec des esclaves (6). — Entre esclaves, le *contubernium* romain a fait place à un mariage véritable (7), sauf, pendant longtemps, l'interven-

En pays de Coutumes, on suit la l. *Quoniam*, Cod. Just., *de sec. n.*, 9, de préférence à la Nov, 22, c. 27, appliquée en pays de droit écrit.

(1) L. *Feminae quae*, Cod. Just., *de sec. nupt.*, 3 (en 382), et *Generaliter*, *ibid.*, 5 (en 444). Cf. Nov. 2, 1, et Nov. 22, 25. Cf. dr. des enfants sur le douaire. *F. de Béarn*, art. 270. Pothier, n^os^ 605 et s. Sanchez, 7, 89.

(2) Substitution fidéicommissaire au profit de tous les enfants du premier lit indistinctement, sans que l'un d'eux puisse être favorisé.

(3) Orl., 203. Extension au mari (4 mars 1697, Arr. du Parl. de Paris). Les enfants du deuxième lit prenaient part à ces conquêts avec ceux du premier.

(4) Nullité de tous les avantages directs ou indirects faits par les veuves à leurs nouveaux maris; interdiction de celles-ci dès le contrat de mariage. Bretagne, *N.C*, 54. Cambolas, *Décis.*, 2, 38 (arr. Toulouse, 1597).

(5) C. civ., 1098. La l. 17 niv. an II, art. 13 et 61, abrogeait implicitement l'Edit 1560. Cf. Chabot, *Quest. transit.*, v° noces.

(6) Köhne, *Geschlechtsverlindungen der Unfreien im fränk. R.*, 1888 (*Unters* de Gierke). V. Sicherer, *Personenstand u. Ehschliess.*, 1879. *Sachsensp.*, 51.

(7) Sauf les effets incompatibles avec l'état d'esclave. Ci-dessus, Epoque

tion du maître (1). L'union des personnes libres et des esclaves était traitée de façon différente, suivant les cas : *a*) Le commerce d'un homme libre avec l'esclave d'autrui était puni (atteinte à la propriété), sauf si le maître y consentait (2). L'homme libre perdait sa liberté : *servus trahit ad se Francum* (3). — *b*) Le commerce d'une femme libre avec l'esclave d'autrui était également punissable (4) : la perte de la liberté en était la suite ordinaire, ainsi que le prouvent les formules d'*epistolae conculcatoriae* (5) par lesquelles le maître renonce à traiter la femme et ses enfants comme ses esclaves. — *c*) La femme libre qui épouse son propre esclave est sévèrement punie (6). — *d*) L'homme qui s'unit d'une manière permanente avec sa propre esclave contracte par là une sorte de mariage inférieur qui diffère peu du concubinat (7).

2. — Le **concubinat** (8), pratiqué à Rome et dans la plupart

franque, esclaves, t. I, *Bai.*, 8, 12. Rozière, 399. Pardessus, *Dipl.*, I, 198. Expressions comme : *matrimonia, conjugia, uxor.* Orléans, IV, 541, c. 24. *Capit.*, éd. Bor., I, 36, c. 15. Köhne, p. 9.

(1) Exigée longtemps par l'Eglise (Orléans, IV, à 541, c. 24) sous peine de nullité du mariage. L'Eglise s'efforce d'empêcher que le maître ne sépare ses esclaves, après qu'ils ont été *valablement mariés*. Châlons, 813, c. 30 : défense formelle. Edit. Pist. c. 31. Cf. Cap. Héristal, 779, c. 19.

(2) *Sal.*, 13 et 25 (notes de Geffcken), Köhne, p. 25, *Rib.*, 58, 12, 13. Nullité du mariage, comme au cas précédent, pour défaut de consentement du maître. Edit. Pist., 31. Erreur sur la condition, v. *Empêchements. Cap* , I, 38 et 40, c. 7 et 6. Cas où un des époux devient esclave. Cf. Divorce. Cap. 803, c. 8 (I, 114) : le mari qui aliène sa liberté en se donnant en gage ne porte pas atteinte par là à la liberté de sa femme ou de ses enfants.

(3) *Rib* , 58, 14, 15. Cap. 819, c. 3. Mais non à Saint-Germain des Prés. Guérard, *Polypt.*, I, 392, 969. Cf Köhne, p. 32.

(4) *Sal.*, 13, 7. Cod. Théod., 4, 11, 1 (*ad sc. Claudianum*).

(5) Rozière, *Form.*, 101 et suiv. *Rib.*, 58, 16 *Ut cum illo se levet et conculcet* (coucher). Geffcken, L. Sal., 135.

(6) *Sal.*, 13, 7 et suiv. Perte de la liberté. Cap. extravag., 5 : confiscation de tous ses biens, elle sera *aspellis* (*wargus*), hors la loi. L'esclave périra sur la roue. Cap. 819. c. 3. — *Rib.*, 58, 18 (Köhne, p. 15) : on présente à la femme une épée et une quenouille ; si elle prend l'épée, elle doit tuer l'esclave ; si elle choisit la quenouille, elle partage son sort. Cette alternative n'est possible que sur la demande des parents.

(7) *Roth.*, 222. *Liutp.*, 106. Fr. de Gaudenzi, 8 (Zeumer, *Leges Wisigoth.*, p. 317 . Köhne, p. 25. Amira, p. 161, oppose la *Friede* à la *Kebse* tenue à la maison, et toutes les deux à la femme légitime.

(8) Bibl. Ci-contre, Empêchements au mariage, Enfants illégitimes. Du Cange, v° *Concubina*. Guyot, v° *Concubinage*. Lutkens. *Polygamie u. Konkubinat.* 1723, Thorlacius, *Boreal. vet. matrim.*, 1784. Stobbe, § 212. Pertile, § 114. Sur les *massipia* du droit béarnais, cf. Lagrèze, *Dr. dans les Pyrénées*, p. 375.

des vieilles législations, n'était pas inconnu du droit germanique (1). A proprement parler, il consistait dans l'union d'un homme libre avec une femme libre aussi, mais de basse condition, en particulier avec une affranchie. Il se distinguait du mariage en ce qu'il pouvait se dissoudre plus facilement (2) et en ce que la concubine n'acquérait pas le rang du mari. A Rome, on reconnaissait d'ordinaire, la concubine à l'absence de *libellus dotis* (3) ; de même, en droit barbare, le *pretium nuptiale* ou dot germanique fait défaut dans le concubinat, qui se conclut sans aucune des solennités d'usage pour le mariage (4) ; ni la femme, ni les enfants n'ont le rang du père (5). Il était possible anciennement, même aux hommes mariés (6), ce que Constantin interdit à Rome (7). Le Christianisme condamna et le concubinat de gens mariés (8) et celui des célibataires eux-mêmes (9), liaison fragile où l'homme et la femme étaient trop séparés par

(1) Fr. de Gaudenzi, 8. *Roth.*, 154 et suiv. *Grim.*, 5. *Liutp.*, 106. Rozière, 130. Ci-après.

(2) Brunner, ZSS, 1896, *GA*, 12 : Union publique et durable, mais dont le maintien dépend du mari (*Kebsehe*), allusion à ce que la femme était serve ou demi-libre). Kowalewsky, *Cout. contemp.*, 155.

(3) Girard, *Manuel*, 151. Esmein, I, 108. — Cod. Just., 5, 26, 1. Paul, 2, 20, 1. Cod. Just., 7, 15, 3. Nov. Just., 18 et 89.

(4) En 869, Charles le Chauve se fait amener Richilde, sœur du comte Boson et *in concubinam accepit*; en 870, *concubinam suam Richildem desponatam atque dotatam in conjugem accepit. MGH. SS*, I, 486. Guillaume Longue-Epée épouse sa femme *more danico*, c'est-à-dire sans solennités, *usu*. Dareste, *Etudes*, p. 309, 326.

(5) Lettre de Léon I^er^ à Rusticus, 458 : *non omnis mulier viro conjuncta uxor viri est, quia non omnis filius heres patris*. Gratien, C., 32, q. 2, cap. 12.

(6) Arg. a *contr.* des prohitions ecclésiastiques. Scandinaves. Amira, *Recht*, p. 162, 165. Saga de Nial. Ci-dessus. — Opposition établie par Ficker entre le droit des Germains occidentaux et celui des Germains orientaux, ces derniers seuls admettant le concubinat. En sens contr., Brunner, *op. cit.*, 31. Cf. Salvioli, § 183. Schrœder, 302.

(7) *Capitul.*, I, 202, c. 5; 376, c. 37; II, 45, c. 35; 189, c. 12; 190, c. 15. — Sur le droit romain de l'époque barbare, cf. Cod. Théod., 4, 6, 4 et 6. *L. Wisig.*, éd. Zeumer, p. 318, c. 3. Cod. Just., 5, 27, 2 (1/2 once à la concubine). Papien, 37, 4 (une once et 1/2 once). Int. Nov. Théod., 22, c. 1. La Const. à laquelle on fait allusion ne nous est pas parvenue. *L. Wis. Rec.*, 3, 5, 5, ZSS, 1886, *GA*, 30.

(8) Capit. 790, c. 5 (I, 202).

(9) Non sans hésiter. Le célibataire qui a une seule concubine n'est pas exclu de la communion, d'après le 1^er^ conc. de Tolède. Bruns, I, 206. Gratien, D, 34, c. 4. Tribur, 895, c. 36 (Mansi, 18, 151) : que celui qui n'est pas marié se contente d'une *seule* concubine. Mayence, 851, c. 15.

leur condition pour réaliser comme l'image de la mystique alliance du Christ et de l'Eglise. il rejeta toute union des sexes en dehors du mariage (1). Mais le concubinat était tellement entré dans les mœurs, qu'il persista dans beaucoup de lieux, qu'il fut même toléré par la loi civile. C'est ainsi qu'on le trouve organisé dans les *Siete Partidas*, sous le nom de *barragania* (2). Contre les prêtres concubinaires. l'Eglise eut besoin de l'énergie de ses plus grands pontifes (3). Au seizième siècle, le concubinat avait disparu à peu près partout ; il ne restait que le concubinage, simple union de fait, contre lequel le concile de Trente déploie ses rigueurs (4), prescrivant à l'évêque de faire trois monitions à l'homme et à la femme qui vivent ensemble sans être mariés, après quoi ils seront frappés d'excomunication par l'ordinaire (5). Plus indulgente, la jurisprudence séculière ne leur inflige aucune peine ; ce péché ne fait de tort à personne, dit Ferrière. On se contenta d'annuler les donations entre concubins (6), sans quoi ils auraient eu un privilège par rapport aux gens mariés (7).

3. — **Mariage morganatique** (8). — L'idée que le mariage

(1) *Const. Apost.*, 8, 32. Gratien, **D.**, 34, c. 5. Augustin, *Serm.*, 289, 4. Gratien, **C**, 32, q. 2, c. 11-12 (lettre du pape saint Léon, en 458, à Rusticus de Narbonne). — D'ailleurs, à partir du jour où triompha la théorie du mariage consensuel, la plupart des unions concubinaires devenaient de vrais mariages. Ci-dessus, Michelet, *Origines*, p. 41. P. Fournier, *BCh.*, 1900. p. 89 et suiv. Le reg. de l'Official de Cerisy montre cependant beaucoup de concubinats transformés en mariages.

(2) IV, 14 (Devoir de fidélité, filiation parternelle légalement établie, une seule concubine, pas d'empêchements au mariage entre concubins). Cf. *massipia* ou concubines prises par-devant notaire en Navarre. Cujas, *Cod.*, 5, 26. Giraud, I, 233, 113. Lagréze, *His. du dr. de Nav.*, II, 188. Statuts italiens des treizième et quatorzième siècles. Salvioli, § 183. Muñoz, *Fueros*, p. 536, etc.

(3) **X**, *de fil. presbyt.* Guyot, v° *Célibat.* Dans les documents littéraires du douzième et treizième s., le prêtre est représenté vivant avec une « prêtresse. » P. ex. Fabliau de Constant Duhamel. Luchaire, *Acad. sc. mor.*, 1901, 581.

(4) Esmein, II, 310.

(5) Reg. de l'Offical de Cerisy, *passim*. Benedicti, *Index*, v° *Concubina*. Héricourt. E, 24, 25. Van Espen, I, 497 ; II, 65.

(6) Tour., 246. Anjou, 342, etc. Ord., 1629, 132. Ferrière, *h. v°* (bibl.).

(7) Cependant on maintenait les donations alimentaires, au cas où la concubine était digne de quelque intérêt.

(8) Stobbe, § 213, 214 (bibl.). Pütter, *Missheiraten*, 1796. Zœpfl, *id.*, 1853. Göhrum, *Lehre d. Ebenbürtigkeit*, 1846. Heffter, *Sonderrechte*, 1871. Schulze, *Preuss. Staatsr.*, I, 185. Nielbelschütz, *De matrim. ad. morgana-*

n'est possible avec tous ses effets qu'entre personnes de même condition persista dans les mœurs quand elle eut disparu de la législation. Combinée avec des motifs politiques, comme l'indivisibilité des fiefs ou des Etats (1), combinée avec la prohibition du concubinat par l'Eglise, elle donna naissance au mariage morganatique, c'est-à-dire à une union qui, dans ses traits essentiels, ne diffère point du mariage ordinaire (monogamie, indissolubilité, filiation légitime, etc.), mais où ni la femme ni les enfants n'ont le rang social du mari (2).

En Allemagne (3), depuis le treizième siècle, il est admis que, dans la haute noblesse, et aujourd'hui dans les familles princières seulement, la femme n'est l'égale de son mari que si elle est *ebenbürtig*, d'égale naissance. Avec une autre femme, un mariage, si régulier qu'il soit, est une mésalliance, un *disparagium*, un mariage morganatique (4) ou de la main gauche (5). La femme n'entre pas dans la famille du mari et n'a sur ses biens que les droits spécifiés par le contrat de mariage (6); ainsi, elle n'a pas de douaire. Pas plus que leur mère, les enfants n'ont la condition de leur père et ne succèdent aux biens de famille: on ne leur reconnaît qu'un droit alimentaire (7). Les effets de la mésalliance peuvent être écartés du

licam, 1851. D'Haucour, *R. crit. de lég.*, 24, 579. Culmann, *Stud. üb. de morg. Ehe*, 1880. Bérenger (Fernand), *De matrim. ad. morganat.* Ci-dessus : Constitution monarchique, mésalliances, t. I. Cf. *Landrecht* prussien, II, 1, 835; II, 2, 555 (contraire à la pratique). Schulte, § 142, 174.

(1) Un prince veuf prend une épouse morganatique afin de réserver le trône aux enfants du premier lit et d'éviter des compétitions fâcheuses. Cf. la situation du *Prince consort* dans les pays où la couronne appartient à la reine.

(2) *L. Feud.*, 2, 29 (Milan : *accipere ad morganaticam* ; ailleurs on dit : *lege Salica*). Cf. 2, 26, 16.

(3) *Mir. de Saxe*, I, 16, 2 : pas d'*Ebenbürtigkeit* entre libres et non libres (les enfants suivent alors la pire main). *Mir. de Souabe*, 60[b] : entre *Semperfreie* et *Mittelfreie*, a *fort.* entre nobles et roturiers. Schrœder, § 42, 7. Heusler, § 37.

(4) A raison du *Morgengabe* stipulé lors du mariage.

(5) Le mari prenait la main droite de la femme légitime. Cf. Martène, *op. cit.*

(6) *L. Feud.*, 2, 29 : *desponsavit ea lege ut nec ipsa nec filii ejus amplius habeant de bonis patris quam dixerit tempore sponsaliorum.*

(7) Pour chaque famille, il faut consulter les lois ou *Hausgesetze* qui la régissent, aussi bien pour les cas d'*Ebenbürtigkeit* que pour les effets attachés à la mésalliance.

consentement de tous les agnats appelés à succéder (1). De même si la famille s'éteint, les enfants issus du mariage morganatique la continuent.

§ 9. — *Puissance maritale* (2).

1. — **Fondement de la puissance maritale** (3). — Dans l'ancien droit coutumier, le *mundium* germanique se continue sous le nom de puissance ou d'autorité maritale, portant à la fois sur le corps et sur les biens de la femme (4); selon la formule

(1) Un privilège impérial peut-il écarter les agnats de la succession au profit des enfants? Capitulations de 1658, 1742, 1792.

(2) Bibliographie. — Cf. ci-après, Tutelle des femmes, Régime des biens entre époux. — Ferrière, Denisart, Guyot, Merlin, v^is *Puiss. mar.*, *Autoris.*, *Femme mariée*, etc. — Argou, II, 201. — P. de La Janès, 311. — Pocquet de Liv., 1, 2. — Poullain du Parc, *Dr. des gens mariés.* — Loysel, 122. — Domat, *Loix civ.*, 3, 2. — Tiraqueau, *De legibus connubial.*, 1546. — Pothier, *Tr. de la puissance du mari*, 1770. — Bourjon, I, 582. — Voy., en général, Traités sur la communauté, Lebrun, Ricard, etc. — Bibliog. abondante dans Ferrière, s. Paris, 223. — Brand, *De imperio mariti*, 1810. — Ginoulhiac*, *Hist. du rég. dotal*, 1842. — Laboulaye*, *Condition civile et polit. des femmes*, 1843. — P. Gide*, *Cond. privée de la f.*, 1867 (2^e éd. par Esmein, 1887). — Dubois, *Cond. légale des f.*, 1860. — L. Giraud, *id.*, 1891. — Lefèvre-Pontalis, 1855. — Viollet, 287, 294 (bibl.). — Glasson, 3, 51, et 7, 148. — Basset, *Rôle de la f. mariée*, 1896. — Morizot-Thibault, *De l'aut. marit.*, 1899. — Aftalion, *La femme mariée*, 1899. — Lefebvre, *op. cit.*, et *Cout. fr. du mar.*, 1901.

Heusler, § 22. — Stobbe, § 215. — Schrœder, 35, 5, et 61, 4. — Kraut, *Vormundschaft*, 1835-59. — Rive, *id.*, 1862-75. — Amira, § 56. — *KVJ*, 17, 436. — Glasson, *Inst. Anglet*, 2, 284; 4, 154; 6, 184. — Lehr, *op. cit.* — Pollock et M., II, 397. — Pertile, § 109. — Salvioli, § 189. — Gabba, *Cond. giur. d. donne*, 2^e éd., 1880. — Cout. siciliennes, Brünneck, p. 239. V. La Mantia. — *Dig. ital.*, v° *Autoris.* — Piñero, *Cond. jur. d. la mujer*, 1888. — Desdevises du Dezert, *R. des Pyrénées*, 1890, p. 804 (Navarre). — Grupen, *Ux. theotisca*, 1748.

(3) Terminologie. Epoque barbare : *mundium*, *mundeburdium*, *poleslas*, etc. Epoque coutumière : mainbournie, mainplévie (Liège), coverture (Angleterre), bail, garde, avouerie, etc. Ci-après, Tutelle des femmes, Régime des biens entre époux, Puissance paternelle. Loysel, 176. — Sur l'unité de la puissance domestique ou *mundium*, sur son caractère de puissance et non de protection, cf. ci-dessus, p. 5, t. II, Heusler, § 23.

(4) Contre cette opinion communément admise, cf. Lefebvre, *op. cit.*, p. 397, selon lequel le *mundium* n'aurait existé que chez les Lombards, les Saxons et les Scandinaves. L'origine du pouvoir marital en droit coutumier serait surtout dans les idées chrétiennes auxquelles la voie aurait été préparée par les mœurs germaniques; chez les Francs, la femme aurait été libre *en droit*, soumise *en fait* la plupart du temps. — Ce système, qu'on n'a pas la prétention de discuter à fond dans une simple note, appelle

du *Miroir de Souabe, 72, der Mann ist des Weibes Vogt und Meister.* Etant donné la constitution quasi-militaire de la famille, la nécessité du commandement d'un seul, la femme s'est trouvée sous la dépendance du mari ; sa faiblesse physique à une épo-

du moins quelques observations. — 1° Si la puissance maritale est une production juridique de l'esprit chrétien, n'est-il pas extraordinaire que l'Eglise, qui a tant légiféré sur le mariage, n'ait pas trouvé une place dans son droit pour une institution d'une telle importance? On dira peut-être que l'enseignement chrétien et les pénitences suffisaient; mais, à ce compte, à quoi bon une législation sur le mariage? — 2° C'est presque un miracle de voir cette puissance s'établir sur la femme barbare, tandis que la femme romaine y échappe. Toutes deux étaient soumises pourtant à l'influence chrétienne. Dans la logique des choses, c'est par la première que la réforme aurait dû commencer. S'il n'en a point été ainsi, c'est le cas de dire : *Spiritus flat ubi vult.* — 3° Il est vraisemblable que le *mundium* n'a pas fonctionné chez les Francs avec la même raideur que chez les Lombards ; de bonne heure il a été atténué, adouci. Mais si on nie son existence, l'apparition de la puissance maritale à l'époque féodale est une énigme insoluble. Il n'est pas arbitraire d'argumenter du droit lombard, car, en dehors de la parenté générale des lois barbares, les coutumes lombardes du moyen âge ressemblent aux coutumes françaises. La même puissance maritale aurait été créée ici par l'esprit chrétien, là par le droit germanique. — 4° Il est malaisé de tirer de la direction chrétienne le droit de battre la femme; aussi le fait-on dériver de la responsabilité du mari à raison des délits de la femme. Mais cette responsabilité existait sûrement à l'époque franque. Le droit de correction existait donc aussi, et cet attribut essentiel du *mundium* entraîne à sa suite presque tous les autres. — 5° Arguments négatifs. *a*) Le silence des lois franques tient à ce que le droit de la famille n'y a pas été codifié. Je reconnais que les formules et les actes pourraient être plus explicites; mais que de lacunes n'y trouve-t-on pas? *b*) C'est peine perdue de rechercher dans les actes francs une procédure en nullité d'un contrat passé par la femme, si ce contrat, comme nous le croyons, n'était pas opposable au mari. — 6° Raisons positives. L'aventure de Berthegonde qui fuit son mari pour se réfugier dans des églises ou des monastères témoigne de l'autorité des évêques et met en jeu le droit d'asile; contre ce droit, la puissance domestique se brise aussi bien que le pouvoir social (Grég. Tours, IX, 33). L'exemple de Frédégonde dotant sa fille d'or, d'argent et de vêtements, ne tire guère à conséquence; d'abord, on laissa de bonne heure, comme une propriété particulière aux femmes, les *ornamenta muliebria;* ensuite le *mundium* marital devait être léger à une reine à qui il en coûtait si peu de faire assassiner son mari (Grég. Tours, VI, 45). Cf. *Acad. lég. Toulouse*, 1900 (*Le mariage par achat*) et *Acad. sciences Toulouse*, 1895 (*Tutelle des femmes*). Ajoutons que si les coutumes franques sur la famille n'avaient pas la consistance de lois codifiées, — consistance qu'il ne faut pas demander aux Codes de cette époque eux-mêmes, — elles n'en constituaient pas moins des règles juridiques; la confusion et l'obscurité qui y règnent ne s'opposent pourtant pas d'une manière absolue à ce qu'on y aperçoive comme une tendance prédominante et des rattachements logiques; une esquisse de ce droit familial peut donc être fidèle, tout en gardant trop souvent un caractère schématique.

que de violences l'a condamnée à ce rôle inférieur (1). — Dès que l'état social fut moins troublé, l'émancipation civile des femmes non mariées, filles ou veuves, ne tarda point à se produire. Ce changement eut sa répercussion sur la condition de la femme mariée elle-même, malgré la force de la tradition et la présence constante à son côté d'un plus fort qu'elle : il fut difficile de tenir pour radicalement incapable, le lendemain de son mariage, la femme qui, la veille, était douée d'une pleine capacité. Elle eut la jouissance des droits, mais on lui en refusa l'exercice (2). On peut dire qu'en se mariant, elle se condamnait à une minorité perpétuelle. Quoique réduit, le pouvoir marital persistait donc, différent par là de la tutelle des mineurs, dans l'intérêt de la paix du ménage, afin d'assurer l'unité de direction de la société conjugale (3). A titre de compensation, la femme reçut des garanties et des privilèges (4). — Par une contradiction plus apparente que réelle, on vit dans cette autorité maritale une sauvegarde pour la femme elle-même considérée comme naturellement faible et inexpérimentée (cf. droit romain : *imbecillitas sexus*, sénatusconsulte Velléien) (5).

(1) A de rares exceptions près les femmes sont incapables de porter les armes, et la capacité civile se mesure à la force physique. Ci-après, Tutelle des femmes. Heusler, § 25, objecte que la faiblesse de la femme est toujours, la même, tandis que sa capacité s'est accrue. Sans doute, la femme n'est pas matériellement incapable comme un enfant en bas âge; mais sa faiblesse l'a empêchée d'être chef de famille. Cf. sur la femme scandinave, dont la condition dans la famille a été présentée sous un aspect trop favorable, Gide, p. 219. Dareste, p. 289, 307. Leg. *Sues goth.*, IV, 9 (le mari frappe sa femme si durement qu'elle en meurt).

(2) Cf. ci-après, Participation de la femme à l'exercice de la puissance maritale, Régime de biens entre époux. Mertian de Muller, *Cond. de la mère*, 1878.

(3) Si l'on peut comparer le mari à un tuteur, on ne doit pas oublier qu'il n'a pas de caution à fournir, pas de compte à rendre, qu'il ne peut pas être destitué. Formule dans Grimm, *Weisth.*, II, 836 : Veux-tu prendre X... pour ton mainbour ?

(4) Aristote, *Polit.*, 3, 2, 10 (cf. Aug. Comte, *Catéchisme positiviste*) : l'affaire de l'homme est d'acquérir, celle de la femme de conserver. Cette observation d'Aristote n'est plus aussi vraie de nos jours. Mais, pendant longtemps, la femme a été cantonnée dans le ménage, le mari chargé des relations extérieures.

(5) Sur la mauvaise opinion qu'ont des femmes les juristes et les théologiens, voir ci-après, Tutelle des femmes. Le *Songe du Verger*, 1, 147, fait un vrai réquisitoire contre elles. D'Argentré, s. *Bret.*, 410, les classe, comme nous dirions, parmi les impulsifs (emportements, nulle prudence, superbe indomptée). Bédier, *Fabliaux*, p. 318. Du temps de Chasseneuz,

Contradiction, puisque l'intérêt du mari, représentant de la famille, peut être en opposition avec celui de la femme; mais contradiction qui n'a pas trop choqué, parce que la femme sera protégée, sinon contre le mari, au moins contre les tiers. — En même temps, la puissance maritale se dépouilla de son caractère despotique ; l'Etat pénétra dans le cercle jusqu'alors fermé des affaires de famille, contrôla son exercice et se fit, à défaut du mari, le tuteur de la femme (1). — Si l'on envisage cette théorie coutumière dans son dernier état, elle nous apparaît comme un système composite où se font jour diverses conceptions : tradition du *mundium* germanique, unité de direction dans la gestion du patrimoine moral et matériel créé par le mariage, incapacité physique et inexpérience de la femme (2). — Elle trouva un appui dans les idées chrétiennes : l'axiome *vir caput est mulieris* semblait comme la formule religieuse de la loi civile (3); les théologiens soutenaient que la femme qui désobéit à son mari commet un péché mortel. Ce qui montre bien, cependant, qu'il ne faut point attacher trop d'importance à ces idées religieuses, c'est qu'elles ont été impuissantes à faire accepter le principe de l'incapacité de la femme mariée dans les pays de droit écrit (4) : *de coutume, la femme est en*

Catal. glor. mundi, 2, 12, *in fine*, quand une femme mariée passait auprès d'un homme, l'usage voulait qu'elle se cachât la moitié du visage.

(1) Proudhon : Le mari n'est que le délégué de la loi dans l'usage du pouvoir dont elle l'a revêtu ; la puissance publique qui absorbe tous les pouvoirs particuliers peut, à plus forte raison, les suppléer (*Tr. des personnes*, t. I, p. 468). C'est le contre-pied de la vérité historique.

(2) Pothier, n° 1 : Le besoin qu'a la femme de l'autorisation maritale n'est pas fondé sur la faiblesse de sa raison.

(3) Paul, Eph., V, 21 : femmes, soyez soumises à vos maris, parce que le mari est le chef de sa femme comme Christ est chef de l'Eglise ; maris, aimez vos femmes comme Christ a aimé l'Eglise; cf. *ad* Galat., III, 28 : il n'y a plus ni Juif ni Grec, ni esclave ni libre, ni homme ni femme, car vous n'êtes tous qu'un en Jésus-Christ. Genèse, III, 16 : « *sub viri potestate eris et ipse dominabitur tibi.* » Selon les théologiens, la femme était originairement l'égale de l'homme, mais la faute d'Eve l'a fait descendre à un rang inférieur; elle est devenue le complice du serpent; elle est indigne de recevoir l'Eucharistie, les mains nues, de toucher la *palla altaris* (Conc. d'Auxerre, 36), etc. Le clergé ne se recrute pas parmi les femmes. Cf. saint Thomas, *Summ. theol.*, 1ª q. 92. Esmein, *Mariage*, I, 60. Malo, *R. d. Frau. in christ. h.*, 1896. Cf. Pontas, *Dict. des cas de consc.*, 1741, v° *Femme mariée*. L'opinion commune est que le pouvoir domestique, marital ou paternel, s'adoucit sous l'influence du christianisme. Gengler, *Einfluss. d. christ. auf das altgerm. Rechtsleben*. En sens contr., Lefebvre, *op. cit.*

(4) Julien, I, 3. Serres, I, 8. Boutaric, *id.* — Notons que certaines coutu-

puissance de son mari ; autrement est de droit écrit (1). Les projets de loi révolutionnaires (2), inspirés par l'idée que la puissance maritale est « une création des gouvernements despotiques (3), » les modernes doctrines féministes (4) ont des précédents dans la jurisprudence des Parlements de droit écrit, dont on peut rapprocher l'acte anglais du 18 août 1882 portant émancipation de la femme mariée (5). Mais les rédacteurs du Code civil ont étendu à la France entière la puissance maritale des pays de coutumes. L'opposition d'autrefois a fait place à une antithèse entre la condition de la femme française et celle de la femme anglo-saxonne, antithèse que les mœurs se chargent de corriger, en donnant à la première la liberté que les lois lui refusent et en empêchant la seconde d'abuser de ses droits légaux (6).

2. — Le *mundium* germanique (de *munt* = main) (7) rappelle trait pour trait, par son nom et par ses effets, la *manus* romaine (8) ou, si l'on préfère, la puissance maritale chez les

mes méridionales admettent la puissance maritale, tout comme les statuts italiens. A Gênes, on distingue les mariages d'après la coutume locale, et le mariage d'après le droit romain. Bordeaux, 64, 80, 82, 112 (*Etabl.*, 34). *F. de Béarn*, 261.

(1) Desmares, 35. *Petrus*, I, 32. Meynial, *NRH*, 1901, 268.

(2) *Premier Projet de C. civ.*, l. 3, 11 et suiv. (1793) (Egalité des époux en ce qui concerne la gestion de leurs biens; consentement des deux époux à l'aliénation des biens du mari ou de la femme). Condorcet, *Progrès de l'esprit humain*, *Œuvres*, t. X, p. 121. Mirabeau, Robespierre combattent l'émancipation des femmes (La femme doit régner dans l'intérieur de sa maison; partout ailleurs elle est déplacée).

(3) Cf. Montesquieu, *Espr. des lois*, 19, 14 (harmonie entre le régime politique et la constitution de la famille).

(4) Systèmes de Saint-Simon et de Fourier. Michelet, *La femme*. Stuart Mill, *L'assujet. des femmes*, 1859 (tr. fr. 1869). Bridel, *Le droit des femmes*, 1893. Secrétan, *Le dr. de la f.*, 1888. Fouillée, *RDM*, 15 sept. 1895. P. Lacombe, *Le mariage libre*, 1895. Varigny, *La f. aux Etats-Unis*, 1893. Bibliog. dans la *Rev. Encyclop.* Larousse, 28 nov. 1896. Desmaret. *La femme future*, 1900. Cf. Laurent dans son *Cours de Code civil* et dans son Avant-projet de revision de ce Code.

(5) Lehr, *op. cit.* Glasson, *Rap. s. les prix du budget*, 1898. Et un acte récent (1901) pour la Norwège, d'après lequel, en se mariant, la femme peut ou non promettre obéissance à son mari. — Pourquoi ne pas la dispenser aussi du devoir de fidélité?

(6) Starcke, *op. cit.*, et bibliog. ci-dessus, p. 3, 87, 90, t. II.

(7) Heusler, § 22 et suiv. Simonnet, thèse, 1898. Sur le droit lombard, cf. Schupfer, *Arch. giur.*, I, 139. Bluhme, *ZRG*, XI. Gaudenzi, *Arch. stor. p. l. prov. Napoletane*, 1888, XIII, 1.

(8) Beaucoup d'anciens auteurs faisaient dériver la puissance maritale de

Gaulois du temps de César (1). — Il implique comme première conséquence le **changement de famille**. En passant de sa famille naturelle dans celle de son mari, la femme cesse d'être soumise à la puissance paternelle (2) ; elle prend le nom de son mari (3), suit sa condition (4), acquiert sa nationalité (5) et à plus forte raison son domicile (6). Anciennement elle perdait aussi tout droit de succession à ses parents. Mais il ne semble pas que le lien de solidarité qui l'unissait à ceux-ci ait jamais été tout à fait rompu ; ils l'assistaient au besoin et la protégeaient (7). — Dans le dernier état du droit, il est admis depuis longtemps que la femme, tout en entrant dans la famille de son mari, ne cesse pas d'appartenir à sa famille naturelle.

3. — **Droit de correction** (8). — Le pouvoir disciplinaire du chef de famille sur toute la mesnie, atteignait naturellement la femme (9). Dans les temps primitifs, il n'était limité sans doute que par la crainte qu'inspiraient au mari les parents

la *manus* romaine, par exemple Loyseau, *Offices*, 5, 2, 26. En ce sens, Van Wetter, *Le dr. romain et le dr. celtique*, 1898. Mais la *manus* avait disparu lors de l'établissement des Barbares.

(1) *Acad. lég. Toulouse*, 1900 (*Le mariage par achat*). Cf. Meynial, p. 92, qui explique Tacite, c. 20, etc., par les Eddas et les Niebelungen (Brynhild a des biens, dispose de ses trésors en mourant, peut quitter son mari à son gré ; Gudrun est protégée par ses frères ; Dargun, *Mulierr. passim*, vestiges du matriarcat), et qui croit que la sujétion de la femme est un fait postérieur, résultat de la vie sauvage qui a suivi les Invasions (p. 102). Voy. aussi Lefebvre, *op.* et *loc. cit.*

(2) Cf. cep. Pays de droit écrit. *Gr. C. Norm.*, 31, 14 (le mariage vaut majorité). Ci-après, Puiss. paternelle.

(3) Avant qu'il y eût des noms patronymiques, la femme mariée est désignée par son nom de baptême, suivi de la qualification *uxor N...*, femme d'un tel.

(4) La roturière qui épouse un noble devient noble et inversement. Cependant la serve qui épouse un noble n'est pas anoblie, à moins que le seigneur ne se marie avec sa propre serve.

(5) Ci-dessus, Personnalité des lois, t. I.

(6) Elle doit suivre le mari partout où il va résider (sauf à l'étranger, dit Pothier).

(7) Meynial, p. 83. Ci-après, Correction.

(8) Dubrulle, *Dr. du mari sur la pers. de la f.*, 1879.

(9) Priv. de Barèges (a. 1404), art. 7 : tout maître de maison peut châtier sa femme et sa famille sans que nul y puisse mettre obstacle. — Mais il est probable que ce droit ne pouvait pas s'exercer sur l'héritière, maîtresse de maison, qui avait épousé le puîné d'une autre famille ; celui-ci était, en effet, réduit à peu près au rôle de premier serviteur. D'Arbois de Jubainville montre aussi qu'en Irlande, la condition de la femme variait suivant sa fortune ; riche, elle dominait son mari ; pauvre, elle devenait sa servante.

de la femme (1). Quoique Tacite ne le dise pas, il y a lieu de croire que le mari germain, qui n'hésitait pas à jouer son propre corps, donnait pour enjeu sa femme et ses enfants avant d'engager sa liberté. En tout cas, les vieilles traditions s'accordent pour l'autoriser à les vendre en cas de nécessité (2). Une formule interprétant l'Edit de Rotharis déclare que le mari ne peut pas tuer sa femme *ad libitum*, mais seulement s'il y a un bon motif (*rationabiliter*) (3); c'est reconnaître le *jus vitae necisque* et donner à entendre que dans le passé ce droit était à peu près absolu. L'Edit intéresse les parents de la femme et l'Etat à punir le meurtre illégal. De ce vieil état de choses il subsista le droit si longtemps en vigueur en beaucoup de pays de tuer la femme surprise en flagrant délit d'adultère. Il en resta aussi le droit de la battre pour des fautes moindres, de lui donner le fouet, de la frapper avec les verges et le bâton (4). Au douzième siècle, au treizième, les Coutumes constatent qu'*il loist à l'omme battre sa feme sans mort et sans mehaing* (mutilation) (5). De cette

(1) Tacite, *Germ.*, 19. Cf. Grimoald, 6. *Liut.*, 120, 130. Grég. T. 10, 22. Kraut, I, 40. Rosin, *Formvorschrift*, 1880.

(2) Tacite, *Ann.*, 4, 72 (Frisons). *Bai.*, 1, 80. *Alam.*, 51, 1, *Acad. législ. Toulouse*, 1900 (*Mar. par achat*). Grimm, *RA*, 450, *Roth.*, 203. *Cap.*, 803, c. 8 (I, 114). Richtofen, *Z. Lex Saxon*, p. 293. *TAC. Bret.*, 314 (pas de prison pour son mari).

(3) *Roth.*, 200 et suiv., et *Form.* Cf. *Wis.*, 3, 4, 1 et suiv.

(4) Femme *sub virga* (expr. anglaise). Michelet. *Orig.*, p. 48. *Liut.*, 121. *Cap.*, 829, c. 3. Burchard, *Dec.*, 1, 93. La Cout. d'Ardenbourg en Zélande (XII[e] s.), d'après laquelle la femme est « un cattel du mari, » formule ce droit avec une sauvage humour; art. 9 : le mari peut battre et blesser sa femme, la balafrer, la taillader de bas en haut, se chauffer les pieds dans le sang de sa femme et coudre les plaies, sans offense envers le seigneur, pour(vu) qu'elle n'en meure pas (cité par Van Wetter, p. 35). Hambourg, 1270, 3, 8. Riga, 6, 4, 3. Viollet, p. 504. R. Fœlix, 8, 672 : en 1841, un paysan anglais conduit sa femme au marché et la vend au plus offrant (en 1884 également d'ap. Viollet).

(5) Beaum., 57, 6 : *quand elle meffet*, dit-il, et il donne quatre exemples : elle est en voie de *fere folie de son cors*, elle dément son baron, elle maudit, elle ne veut pas obéir à ses raisonnables commandements. *Gr. C. Norm.*, 85, 100 (crever les yeux, casser les bras, habitude de frapper souvent et sans raison *enormi percussione*, ce n'est plus une simple correction). *F. de Béarn*, 266. Bergerac. 1322, art. 82. Formules analogues dans les statuts italiens du quatorzième et quinzième siècle. Pertile, 3, 308. Cf. le *domostroi* ou Ménager russe (XVI[e] s.). Conte de Griselidis. — Ce droit n'est guère l'expression des mœurs telles que les révèlent les documents littéraires comme le *Dit de Bigorne et de Chicheface* et les fabliaux où les maris sont les jouets de leurs femmes. A la formule anglaise : *Cui ipsa in vita sua*

formule de Beaumanoir, on peut rapprocher celle de d'Argentré au seizième siècle (1) : *marito licet castigare uxorem sicut puerum infra aetatem* (2).

L'Eglise permit à la femme de demander la séparation d'habitation, au cas de mauvais traitements de la part du mari (*si tanta sit viri saevitia ut mulieri trepidanti non possit sufficiens securitas provideri*, dit Innocent III) (3). Elle lui reconnut même une réelle indépendance en matière religieuse, la soumission de la femme au mari étant limitée par ses devoirs envers Dieu (4). Sous cette réserve, la femme devait obéissance au mari, seul juge de ses relations et de ses actes (5). On a déjà

contradicere non potuit, cf. Sire Hain et Dame Anieuse. V. cep. Pasquier, *Inst.*, p. 65.

Contre cet abandon du vieux droit, l'instinct populaire réagit par des cérémonies burlesques, sortes de peines infamantes qui se sont conservées parfois jusqu'à nos jours et qui ont pour but de tourner en ridicule les maris trop faibles. Se laisse-t-il battre par sa femme, le mari chevauchera un âne, le visage tourné vers le dos, au milieu des rires et des quolibets de tout le village. Du Cange, v° *Asinus*. Michelet, p. 48. *Rev. des Pyrénées*, 1900, *La Couvade*, *in f.*

(1) Sur Bretagne, 410. Chasseneuz, s. Bourg. c. *Droits des gens mariés : aequiparantur pater et filius*, *maritus et uxor*. Loyseau, *Offices*, 5, 2, 26. — Usage très répandu, d'après lequel les femmes mangent debout ou assises près du foyer en servant les hommes assis à table. Viollet, p. 503. *R. des Pyr.*, 1900, *ib.*, *in f.* Lehuërou, *Caroling.*, p. 39.

(2) Châtier la femme est un droit et un devoir pour le mari, car il est responsable de ses délits : non en ce sens qu'il aurait à subir la peine corporelle qu'elle mérite, mais en ce sens qu'il doit acquitter l'amende et les dommages-intérêts. Beaum., 56, 6. *C. de Norm.*, 544. Rollon, d'après Wace, v. 1236, punit un mari pour la faute de sa femme. Lefebvre, *Cout. fr. du mar.*, p. 20.

(3) **X**, *de rest. spol.*, 13. Jaffé, *Reg.* 2845 (Nicolas I^er^). Mesangère, *Dict. des Proverbes :* A battre faut l'amour. *Brunner Schœffenb.*, 511 : le mari doit agir sur la femme *potius bonis affatibus et virgae disciplina quam turpibus alloquiis, flagellis et violentis castigationibus.* A Breslau, en 1451, un mari promet de ne frapper sa femme qu'avec des verges, comme il est convenable et comme un prud'homme doit le faire et tout bien tout honneur. Stobbe, § 215. Cf. serviteurs, enfants. Dareste, 326. Pertile, 3, 309. Ass. de J. *C. de B.*, 181.

(4) Glanville, 6, 3. Morlaas, 335 : la femme ne peut pas relever son mari de l'excommunication (ils ne sont qu'une chair, mais le délit est personnel). *TAC. Bret.*, 222 (hiérarchie des devoirs).

(5) Bonaparte au Conseil d'Etat (d'ap. Thibaudeau, *Mém. s. le Consulat*, p. 426) : « La nature a fait de nos femmes nos esclaves. Le mari a le droit de dire à sa femme : Madame, vous ne sortirez pas! Madame, vous n'irez pas à la Comédie! Madame, vous ne verrez pas telle ou telle personne, c'est-à-dire : Madame, vous m'appartenez corps et âme. » Cette formule brutale

vu quels moyens le droit monarchique donnait au mari pour réprimer les désordres de sa femme (1).

4. — **Autorisation maritale.** — Dans le droit primitif, la personnalité de la femme est absorbée par celle du mari (2); elle n'a pas de biens propres (3) et ne peut accomplir aucun acte juridique (4); c'est au mari seul à agir (5). Cet état de droit paraît avoir été dépassé chez les Francs, mais on en trouve des traces chez d'autres peuples barbares, par exemple chez les Anglo-Saxons (6). Quand sa personnalité commence à se dégager, qu'elle a des biens à elle, le mari n'en est pas moins toujours, par rapport à ces biens eux-mêmes, le chargé des

se recommande à l'attention de l'auteur du futur Code féministe dont tant de bons esprits attendent impatiemment la rédaction.

(1) Voie régulière et voie extraordinaire ou lettres de cachet (Funck-Brentano, *RDM*, 1892, 113, 839).

(2) En droit anglais, le mari et la femme ne font qu'un. Ci-après, Régime de biens entre époux. La puissance maritale s'appelle *coverture* (*feme covert de baron*, *femina viro cooperta*, par opposition à la *feme sole*). Cf. femme romaine *in manu mariti*. Du Cange, v° *Cooperire*.

(3) Sans aller jusque-là, on reconnaît, d'ordinaire, que le *mundium* marital a pour effet de donner au mari l'administration et la jouissance des biens de la femme, le droit de disposer de ses meubles, le droit de la représenter en justice; enfin la femme serait incapable d'agir sans autorisation. Le principe de l'unité de patrimoine nous paraît avoir eu des conséquences plus radicales; il faut le prendre pour point de départ de l'évolution. Ci-après, Régime de biens entre époux. — *Burg.*, 100 : *Quæcumque mulier Burgundia vel Romana voluntate sua ad maritum ambulaverit, jubemus ut maritus ipse facultatem ipsius mulieris, sicut in ea habet potestatem, ita et de omnes res suas habeat. Wis.*, 4, 2, 15 (la citation de l'Ecriture est une justification donnée après coup d'une règle de l'âge païen). La l. des Burg. 100 est tirée, d'après Heusler, du très fonds germanique ; elle serait, au contraire, d'inspiration chrétienne, d'ap. Lefebvre, *op. cit.*, p. 442; on ne relève aucun indice en ce dernier sens. Le jour où la femme eut des biens considérables, on dut se demander si le pouvoir marital les atteignait aussi bien que lorsqu'elle n'apportait rien ou presque rien à son mari; la loi s'en tient à la vieille règle et l'étend aux femmes romaines.

(4) *Roth.*, 205. *Rib.*, 74 (assimilation de la femme à l'esclave). F. de Léon, 1020, art. 42 : *mulier non capiatur absente viro suo nec judicetur*. Muñoz, p. 71, 496. Liège (Van Wetter, *op. cit.*, 28) : le mari est maître et seigneur absolu de tous les biens présents et futurs de la femme ; il a le droit d'en disposer, même par testament (jusqu'au XVII[e] s.). Const. de Messine, 27. Aoste, 1253, 5, 12 (*Secùs*, Venise : indépendance). Loysel, 122, 178, 290.

(5) *Summa Norm.*, 100, 2 : *cum mulier sub potestate viri sui sit constituta, vir ejus de ea et rebus suis et hereditate poterit disponere ad sue arbitrium voluntatis*. 14, 5. Cout. d'Ardenbourg, *loc. cit.* : la femme est le cattel du mari.

(6) Ci-après, Régime de biens entre époux. Cf. Cart. de Redon, de Cluny, etc.

affaires extérieures de la famille ; ou bien il agit lui-même à raison de son *mundium*, de sa qualité de chef (1) ; mais de propriétaire il est descendu au rang de gérant, d'usufruitier (2) ; ou bien, au lieu d'agir pour elle, il agit avec elle, il l'autorise à accomplir l'acte (3) ; d'une façon ou de l'autre, les intérêts de la famille sont préservés. On a déjà vu que l'autorisation maritale, devenue la sauvegarde de la femme, constitua, en pays de Coutume, l'équivalent du sénatusconsulte Velléien en vigueur dans les pays de droit écrit (4) et que l'autorisation de justice limita les droits du mari et compléta la protection de la femme (5).

5. — L'**incapacité de la femme est générale** (6) ; elle existe (7) pour tous les actes de la vie civile, et il n'est pas possible de la restreindre par contrat de mariage (8). Cependant, dès le

(1) Il réclame les compositions dues pour délits dont la femme est victime, ou à l'inverse répond des délits qu'elle a commis. Formules sur les lois lombardes, *Roth.*, 26, 28, 139, 258. *Liutp.*, 92 s. Les compositions qui lui sont payées lui sont acquises définitivement, parce que ce serait à lui à tirer vengeance du délit. *Roth.*, 195 et suiv. *Liut.*, 12, 31. Heusler, § 27. Il paye le *launegild* pour les donations à elle faites. *Roth.*, 184. Il la défend si elle est appelée en duel. Ass. de J., *J. d'Ibelin*, 75. *Gr. C. Norm.*, 77. *Common law* anglaise. — Cf. cep. *Wis.*, 2, 3, 6 (mandat de la femme). — N'oublions pas qu'on voit aussi la femme consentir à l'aliénation des biens du mari, l'autoriser. *Jostice*, p. 169, 225. C'est ce qui a fait dire à Boutillier. I, 92 : aussi bien est la femme dame comme le mari est seigneur. Explication ci-après, Propres, Douaire.

(2) On dit souvent qu'il représente sa femme ; c'est là une conception relativement récente ; à l'origine, il représente la famille seule, il agit en qualité de chef de famille.

(3) *Lib. Pap. Roth.*, 233 et suiv., 204, 170. *Liut.*, 58.

(4) Ci-après, Tutelle des femmes.

(5) On enseigne communément que la puissance maritale était la même sous tous les régimes matrimoniaux. Thèse de juriste, mais non d'historien : chaque régime représente, au contraire, une phase différente dans l'histoire de la puissance maritale.

(6) Quoique les textes procèdent par énumération. Desmares, 289. Paris, *NC*, 223. Orl., 194. *Gr. C. Norm.*, 77. Beaum., 43, 22-26, 44, 19 ; 34, 56. Fribourg i. U., 1219, 20. *Mir. de Souabe*, 72. Alost, 17, 6. Loysel, 122. Ferrière, s. 223, Paris (confér. des coutumes et bibliog.). *TAC Bret.*, 205. J. d'Ibelin, 105. Cf, C. civ., 217.

(7) A dater : 1) des fiançailles, Artois, 87, etc. Explic. de Maillard, cf. C. civ , 1404. En réalité, ceci tient à la nature des fiançailles dans l'ancien droit. Ci-dessus, Dumoulin ne le comprend plus : *hoc ineptum quum possit majus, scilicet discedere a sponsalibus.* — 2) de la célébration du mariage (droit commun). Nivern, 29, 1, etc. — 3) Bourg. 4, 1 : de la consommation.

(8) Cf. cep. Séparation de biens contractuelle (date récente). *Sondergut* en droit allemand, *Separate estate* en droit anglais.

treizième siècle, la femme **marchande publique**, c'est-à-dire qui fait un commerce séparé, au vu et au su de son mari, est capable pour le fait de son commerce (1). — A° Pour **ester en justice**, la femme a besoin (2) d'être **assistée** par son mari (3); elle commença sans doute par comparaître à côté de son mari (4), et finalement celui-ci n'eut plus que le rôle d'assistant, d'habilitant, rôle qui impliquait, comme par le passé, sa présence au tribunal: il figurait à l'instance en qualité de mari conjointement avec la femme, et le jugement pouvait être exécuté contre lui; exception en matière criminelle, quand la femme est poursuivie du *fet de son corps* (5). — B° **Actes extrajudiciaires**. Les actes **entre vifs** (vente, donation, hypothèque) sont interdits à la femme non autorisée (6), à l'exception des

(1) Nécessité pratique. En lui permettant de faire le commerce, le mari l'autorise d'avance à faire tous les actes que celui-ci comporte. — *Et. de s. Louis*, I, 153; II, 147. *Jostice*, p. 131. Stat. d'Erfurth, 1305. Cf. Fribourg i. U., 1219, 20. Roye, 1183, 17; Saint-Quentin, 1195, 20 (*Ord.*, XI, 229, 272). Beaum., 43, 28; 44, 19. Desmares, 76; elle peut être appelée sans son mari. Cf. 289. Ass. de J., *C. d. B.*, 131. Poitou, 3, 126. Anjou, 510. Orl., *AC*, 200, etc. *Secùs*, Pothier, n° 62 : elle ne peut ester en justice sans autorisation, même pour le fait de sa marchandise. Argou, 3, 19. Merlin, 7, etc: Loysel, 57. — Cf. système des pécules en dr. romain. — Stobbe, § 220, 18. — *TAC. Brel.*, 205. Paris, 224.

(2) *Et. de saint Louis*, 1, 153 : *nule fame n'a respons en cour laie, puisqu'elle a son seignor.* J. Faure croit qu'elle peut agir sans autorisation en Cour d'église (s. I, 1, Cod. Just., *de bon mat.*, n° 3); *secùs* Dumoulin, Laurière (Viollet, *Et. de saint Louis, loc. cit.*). *Réponse* s'entendrait ici à la fois de la demande et de la défense, d'après Laurière. *Jostice*, p. 131. Beaum., 63, 1 : la femme ne peut appeler sans le congé de son baron, mais elle peut être appelée. *Olim*, III, 124, 14.

(3) On ne se contente pas d'une autorisation préalable. Aubert, *Hist. du Parl.*, I, 209; *Le Parl.*, I, 237. Const. du Châtelet, 39.

(4) Ass. de Jérus., *C. d. B.* 90, 122, 153 (éd. Beugnot). Paris, 224.

(5) *Et. de saint Louis, loc. cit. Jostice*, 131. *Secùs*, *Gr. C. Norm.*, 74, 100 (épreuve du fer chaud, *juisium*, autrefois). Elle peut agir seule en cas d'injure (cf. *filius* à Rome), Norm., 543, Lorris, 199. Montarg., 2, 7, ou par voie de réintégrande, si le mari est absent. Cf. Pothier, 65. Britz, *Dr. belg.*, p. 550 : la femme mariée n'a elle que *le ciel et son fuseau, les amendes pour injures touchant son honneur, son habillement et sa toilette.* Deghewiet, 2, 18.

(6) *Jostice*, 131. Beaum., 43, 22; 34, 56; 70, 7. Ci-après, Mari fou, etc. La femme s'oblige valablement pour tirer le mari de prison. Norm., 541. Ord. s. marine. 1681, 3, 6, 12, pour constituer une dot à sa fille. Pothier exige alors l'autorisation du juge. Ci-après. — Selon Louet, *M.*, 147, le défaut d'autorisation n'annule que les contrats préjudiciables à la femme: elle pourrait donc recevoir une donation d'un tiers, un don mutuel. *Secùs*, Ord. 1731, art. 9 (cf. C. civ., 934). P. de La Janès, *Princ.*, II, 18. Arr.

actes faits pour les besoins du ménage (1). — En ce qui concerne le **testament**, l'ancien droit se divisa. Certaines Coutumes (2) qui représentent sans doute le droit primitif, tiennent la femme pour incapable de tester (3) sans l'autorisation du mari ; si la discipline domestique n'était guère intéressée, puisque le testament n'a d'effets qu'après la dissolution du mariage, le mari avait anciennement sur les biens de la femme des droits difficilement compatibles avec le testament de celle-ci (gain de la dot, p. ex.) (4). Comme ces droits ont disparu ou se sont beaucoup atténués, le droit commun des Coutumes du seizième siècle permet à la femme de tester seule : on sacrifie, au besoin, l'intérêt de la famille au désir de faire du testament l'œuvre propre de la femme et non celle du mari (5).

6. — **Comment se donne l'autorisation ?** — Pour le droit ancien, il serait sans doute plus exact de parler d'intervention que d'autorisation du mari. L'acte de la femme devait être ou accompli ou garanti par le mari lui-même, puisqu'il n'était pas valable en soi. Avec le temps, le mari n'a plus à endosser l'acte et à le faire sien ; la femme est capable ; mais le mari doit renoncer à opposer aux tiers l'intérêt du ménage. L'intervention maritale dégénère en un simple *consensus*, en la constatation que l'acte ne lui est pas nuisible. — La marche du droit n'a pas été aussi simple, cependant, que ces idées le feraient sup-

27 août 1564 et 12 avr. 1595. Mandat, exécution testamentaire : l'intérêt moral de la famille peut être en jeu. Beaum., 41, 26 (ne peut être arbitre).

(1) Pothier, 49 : mandat tacite du mari. D'où il suivrait que la femme n'est pas obligée. — Conséquence inverse si on part de l'idée que la femme a reçu une autorisation tacite ou qu'elle est capable d'obliger son mari dans l'intérêt du ménage sans avoir été autorisée. — Chaisemartin, p. 324. Britz, p. 551. Lamoignon, *Arr. Comm.*, 69. Merlin, 7, 7.

(2) *Common law* anglaise. Glanville, 7, 5 (*marito valde honestum si rationabilem divisam uxori sue concessisset*). Bracton, 1° 60. Pollock et M., II, 426. Hainaut, 29, 5. — Norm., 417. Bret., 519. Beaune, *Pers.*, 530.

(3) Tournay, Louvain : autorisation s'il y avait des enfants (Britz, p. 551). A Liège, c'est le mari qui teste. Cf. Bourg., 4, 1. Niv., 23, 1. Merlin, *Rép.*, v° *Testament F. de Béarn*, 261. — Dons ou legs entre époux, ci-après.

(4) Cf. droit anglais, d'après lequel le testament de la femme est révoqué de plein droit par son mariage.

(5) Loysel, 123. Poitou, 275. Auxerre, 238. Reims, 12. Pothier, n° 43. En pays de droit écrit, la femme peut tester sans l'autorisation de son père, évidemment parce que le mariage l'a émancipée. La jurisprudence des pays coutumiers s'est inspirée peut-être de cette pratique. Automne, *Confér.*, t. II, p. 293 (*ad tit. qui testam*).

poser. — A° L'autorisation dut toujours être **spéciale** (1), une autorisation générale ne serait rien moins qu'une abdication de la puissance maritale, le renversement complet du vieux système (2). — B° **Actes judiciaires**. Le mari figure dans l'instance en cette qualité : il est partie au procès, conformément aux anciennes règles. — C° **Actes extrajudiciaires**. A l'origine, aucune forme particulière ne fut prescrite ; le concours du mari à l'acte suffisait sans doute (3), et de même la permission expresse ou tacite (4). Au dix-huitième siècle, peut-être sous l'influence des textes romains sur la tutelle, on exige toujours une autorisation expresse avec des termes sacramentels ou à peu près. *autoriser. habiliter* (5) : rigueur injustifiable au premier abord, mais qui tient sans doute à ce que l'on voulait éviter les difficultés de preuve au sujet du véritable rôle du mari.

7. — **Autorisation supplétoire de la justice.** — A° **Absence** (6) ou **maladie du mari** (7). La femme, transformée en chef de famille provisoire, devenait capable d'agir à son lieu et place, d'après Beaumanoir (8). Mais cette solution fut abandonnée de peur qu'elle ne prît des engagements téméraires et ne compromît l'avoir des enfants. On l'obligea à se munir de l'autorisation de la justice. Celle-ci apparut tout naturellement à l'occasion des procès (9) ; en laissant plaider la femme, et il y

(1) Lebrun, 2, 1, 4, 8. D'Aguesseau, *op.* et *loc. cit.* Valin, s. La Roch., 23. Lamoignon, 66, permet une procuration *spéciale* ou *générale* antérieure au contrat.

(2) Néanmoins, quelques Coutumes sont allées jusque-là (Artois, Flandre, La Roch.). La C. de Berry, 1, 21, ne permet l'autorisation générale que par contrat de mariage. On peut dire que le droit commun coutumier tolère, plutôt qu'il ne permet, l'autorisation générale sous forme de séparation de biens contractuelle (effets limités). Cf. ci-après, *Sondergut*, *Separate estate*. De même, autoris. de faire le commerce. Duplessis, *Commun.*, 1, 5. Lebrun, 2, 1, 6. Bourjon, 1, 588. Merlin, 6, 2, 2.

(3) Expressions diverses dans les anciens auteurs : congé, octroi, consentement, etc.

(4) Flandre, Bourgogne, etc.

(5) Pothier, *op. cit.* Détails et disc. dans Merlin, *Autor.*, 6. 1, Louet. A, 31 (Intl. de Bartole, s. la l. *Cum lex*, D., *de fidej.*).

(6) *Gr. Cout.*, 2, 32 (p. 333). Ass. de Jér., *C. des B.*, 131. Beaumanoir, 44, 19; 43, 28. *Summa de leg. Norm.*, 100, 97 (par exception, en l'absence du mari; elle peut exercer le bref de nouvelle dessaisine).

(7) Démence. Beaum, 43, 28. Cf. mort civile. Merlin, 7; la femme peut agir sans autorisation car le mariage est dissous. *Secùs*, C. civ , 221.

(8) Beaum., 43, 28; 44, 19, *TAC. Bret.*, 83.

(9) Le *Gr. Cout.*, 2, 32, vise justement ce cas. Buche, *NRH*, 1884, 645.

avait des cas où il était malaisé de ne pas le faire, les tribunaux la mettaient dans la même situation que si elle avait été assistée par son mari. Pour les actes extra-judiciaires, les tribunaux arrivèrent aussi sans peine à s'en occuper; la femme prétend que son mari est absent ou empêché; si elle ne l'établit pas en justice, les fraudes seront trop aisées; on l'y oblige donc et, une fois saisie de l'affaire, les tribunaux apprécient l'acte lui-même, contrôlent les agissements de la femme, deviennent ses tuteurs. C'est ainsi qu'on arriva à la règle générale : l'autorisation de justice supplée celle du mari (1). — B° La **minorité** du mari aurait pu être envisagée comme un obstacle à l'exercice de la puissance maritale au même titre que la maladie ; la femme majeure aurait alors suppléé son mari, jusqu'à ce qu'il eût atteint la majorité. Il n'en fut rien. On hésita entre deux solutions : ou déclarer que le mari mineur était apte à autoriser sa femme majeure, car l'unité de direction était sauvegardée (2); ou exiger l'autorisation de justice, sous prétexte que le mari ne pouvait donner une autorisation utile et qu'il fallait protéger la femme (3). — C° **Refus du mari** d'autoriser sa femme (4). Dans les principes anciens, quelque intérêt qu'elle eût, il ne lui était pas permis de passer outre ou de se pourvoir devant la justice contre une mesure qui lui était préjudiciable (Beaumanoir) (5). Au seizième siècle, le droit a changé ; Loysel, 124 (6), déclare que la justice autorise la femme en cas de procès; au dix-huitième siècle, elle l'autorise même pour les contrats et aliénations (7).

(1) Cf., sur la procédure ancienne, Buche, *NRH*, 1884, 645. Lettres royaux au quatorzième siècle, parce que l'autorisation (judiciaire apparaît comme une faveur. Dans la suite, ces lettres ne sont pas nécessaires.

(2) Auzanet, Tronçon, Ferrière (s. 223, Paris), Loysel, 125. Plaid. de Corbin, 118 (arr. de 1608). Cette opinion prévalut. Pothier, n° 29.

(3) Dumoulin, Chopin, *ib.* Tiraqueau, *De leg. conn.*, 8, 41. Cf. C. civ., 224. Beaum., 15, 30. *TAC. Bret.*, 81.

(4) D'Aguesseau, éd. 1772, II, 54.

(5) Beaum., 65, 17.

(6) Au moins, tel est le sens d'après Davot.

(7) **Contrats entre époux.** Pothier, 42 : le mari peut autoriser sa femme à contracter avec lui (don mutuel). *Secùs*, Lebrun, Ricard : *nemo potest esse auctor in rem suam*, le défaut d'autorisation n'est pas opposable au mari puisqu'il n'est établi que dans son intérêt. Sur les conflits d'intérêt entre mari et femme, cf. Stobbe, IV, 51. *Sachsensp.*, I, 44 (tuteur spécial si le mari dispose de sa dot). Cf. tutelle des femmes. Sur le droit anglais, cf. Lehr, p. 76 : la femme autorisée peut disposer de ses immeubles, à condition de *reconnaître* l'acte en justice, ce qui est un moyen d'assurer sa liberté. Même procédure quand la femme agit seule, le mari étant absent ou empêché.

8. — La femme **séparée de biens** judiciairement (1) échappait à la puissance maritale et était traitée comme une veuve d'après une doctrine ancienne soutenue par Dumoulin au seizième siècle (2); non seulement elle administrait seule son patrimoine, mais elle avait le droit de faire tous les actes de disposition. — Cette opinion ne prévalut pas ; elle se heurtait à l'idée de *l'imbecillitas sexus* et à cette considération que la séparation laisse place à des intérêts communs, qu'elle peut cesser, puisque le mariage n'est pas dissous. La femme séparée ne fut tenue pour émancipée qu'en ce qui concernait l'administration de ses biens; on la laissa libre de disposer seule de ses meubles et des revenus des immeubles, mais tout acte de disposition portant sur les immeubles lui fut interdit sans l'autorisation maritale (ou de justice) (3). La séparation de biens contractuelle ne fut acceptée que sous l'influence du droit romain et ne semble pas avoir été beaucoup pratiquée. A plus forte raison, la femme ne put-elle pas se réserver par contrat de mariage des biens séparés, un pécule ou des paraphernaux par rapport auxquels elle aurait une pleine capacité (4).

9. — **Effets de l'autorisation.** Dans la conception ancienne, le mari qui autorise s'oblige par là même, contrairement à l'axiome romain : *Qui autor est non se obligat.* Le droit plus récent tend à dégager sa responsabilité, quoique la communauté d'intérêts produite par le mariage ne le permette pas toujours (5). A plus forte raison, l'autorisation de justice ne lie-t-elle pas le mari. La femme autorisée devient aussi pleinement capable que la veuve ou la fille majeure ; elle peut accomplir les actes les plus compromettants pour elle, par exemple cautionner son mari ou un tiers, renoncer à son douaire (6).

(1) Sur la date de la séparation de biens, cf. ci-après, Contrat de mariage. Le *Mir. de Souabe*, I, 73, l'admet ; cf. 148.

(2) Sur Bourb., 170, 232. Orl., *AC*, 171. Lorris, 198. Montargis, 8, 9.

(3) Arrêt de 1623. L'Hommeau, 3, 138. Louet, F, 30. Paris, 224, 234. Pothier, n° 62 (elle peut ester en justice pour l'administration de ses biens). Argou, II, 202. Loysel, 126.

(4) *Secùs*, droit allemand du treizième siècle : *Sondergut*. Droit anglais : *Separate estate* avec un *trustee* (Cours d'équité). Ci-après, Contrat de mariage. Fils de famille et pécules à Rome.

(5) Ci-après, Communauté conjugale. « Le tablier de la femme oblige le mari. » Pothier, n° 76.

(6) Cf. ci-après, sénatus-consulte Velléien. Sur la renonciation au douaire, cf. Beaum., 13, 5. *Jost.*, p. 169. Ci-après, Rég. de biens entre époux.

10. — **Défaut d'autorisation. — Système de Beaumanoir.** L'acte fait sans autorisation n'est opposable ni au mari ni à la femme durant le mariage, mais il peut être opposé à cette dernière, une fois le mariage dissous. L'autorisation n'est donc pas requise dans l'intérêt de la femme : elle n'a d'autre but que d'assurer l'unité de direction du ménage, chose dont il n'y a plus à se préoccuper quand le mariage a cessé d'exister (1). — **XVI^e s.** L'idée de la protection de la femme a gagné du terrain. Il est admis qu'elle peut invoquer la nullité de l'acte après la dissolution du mariage (2). Cette nullité ne peut être couverte par une ratification postérieure, pas plus par celle du mari durant le mariage que par celle de la femme devenue veuve (3).

Droits des tiers. Ceux qui traitent avec la femme non autorisée n'ont aucun droit à se prévaloir de la nullité de l'acte, dans l'opinion de Beaumanoir, car elle n'est point établie dans leur intérêt. Avec la théorie nouvelle, on discute. Si la plupart des anciens auteurs continuent à refuser l'action en nullité aux tiers en argumentant du défaut d'intérêt (4), Pothier et Merlin la leur accordent (5). Nullité relative et nullité absolue ont chacune leurs partisans (6).

(1) Beaum., 43, 22-27; 34, 56; 70, 7. Bayonne, 9, 39. La question est discutée au seizième siècle. Charondas, s. Paris, 223, etc.

(2) Paris, *AC*, 105 (muet); *NC*, 223 : nullité au regard de la femme aussi bien que du mari; et elle ne peut être poursuivie, ni ses héritiers après le décès du mari. Cf. C. civ., 225 (*leurs* héritiers). — Motifs : D'Argentré, s. Bret., 424 : crainte que le mari n'arrive à dépouiller sa femme en la faisant obliger frauduleusement, c'est-à-dire sans encourir la responsabilité qui résulte de l'autorisation, au moins sous le régime de la communauté). Charondas, s. Paris, 223 (l. 29, D., *de reg. jur.* : nullité absolue). Meynial, *NRH*, 1901, 270, 1.

(3) Pothier, 5, 74 (L'autorisation donnée après coup validait l'acte *ex nunc*). Arrêts de 1557, 1598, 1626. Charondas, s. 237, Paris. Ferrière, s. 225, *ib.* Le Prestre, 2, 16. Lamoignon, *Arr. Commun.*, 66. (Controverse.)

(4) D'Argentré, s. Bret., 424. Lebrun, Ferrière, Bourjon, etc. — Argou, 3, 19, *in fine* : le tiers ne peut pas faire casser le contrat, *pourvu que* le mari et la femme offrent de lui donner des sûretés et de suppléer ce défaut de formalité par une autorisation postérieure faite du consentement de la femme.

(5) Pothier, *op. cit.*, n° 5, 74. Merlin, *Rép*, v° *Autoris. marit.* Dans ce sens, on aurait pu dire que l'intérêt général s'opposait à ce que le sort de l'acte fût laissé uniquement à une des parties; mais Pothier, opposant la femme au mineur, part de l'idée que la femme est *absolument* incapable, idée vraie autrefois et à laquelle la doctrine de l'*imbecillitas sexus* donne un regain de vie. Lamoignon, 65.

(6) La nullité des actes de la femme non autorisée pouvait être alléguée

§ 10. — *La puissance paternelle* (1).

1. — **Sources de la puissance paternelle.** — Dans l'ancien droit germanique, les droits sur l'enfant ne dérivent pas précisément du fait de la paternité ; ils tiennent plutôt à la possession du *mundium* sur la mère. Le mari, dont la femme *in mundio* a été enlevée et a eu un enfant durant l'enlèvement, conserve sa puissance sur la mère et l'enfant, quoiqu'il soit bien certain qu'il n'est point le père de celui-ci, et à l'inverse, dans le mariage sans *mundium*, il n'a pas d'autorité sur des enfants qui pourtant sont bien à lui (2). — Le droit postérieur, partant des théories canoniques sur le mariage, rattache la puissance paternelle, en principe, à la filiation légitime et exceptionnellement à deux faits dont il sera question plus loin, la légitimation et l'adoption. Par enfants légitimes (3) on entend ceux qui

sans lettres de rescision (à la différence de celle des actes du mineur) et par conséquent pendant trente ans, car, seule, la durée de l'action en rescision était limitée à dix ans par l'Ord. de 1510.

(1) Bibliographie. — Ci-dessus, p. 3, 20, t. II. Guyot, *h. v°* (bib.). — Paschalis, *De virib. patriae potestatis.* — Amerini, *De patr. pot.* (*Tract. ill. jurisc.*, VIII, 2, 98). — Monticuli, *ibid.*, 127. — Ayrault, *Puiss. pat.*, 1598. — Struvius, *Jurispr. hervica*, V, 1737. — Pothier, IX, 10 (éd. Bugnet). — D'Aguesseau, éd. 1772, II, 420. — Ferrière, s. *Cout. de Paris*, tit. 12. — Henrys, II, 1716. — Bernard, *Hist. de l'autor. pat.*, 1863. — Lallemand, *Hist. des enf. abandonnés*, 1887. — Cornil, *NRH.* 1897. — Salis*, *ZSS*, VII, *GA*, 137. — Simonnet, *Le mundium*, 1898. — Pl. du Maroussem, *Thèse*, 1887. — Du Plessis de Grenédan*, *Hist. de l'aut. pat.* (thèse), 1900 (recherches, mais exposé confus ; bibliog.). — Beaune, *Condition des personnes*, 539. — Viollet, 529. — Glasson, III, 31, 40; VII, 173. — Mœurs : Babeau, *Bourgeois d'autrefois*, 1886. — Franklin, *Vie privée, l'enfant*, 1886. — Gautier, *Chevalerie*, p. 106-228.

Stobbe, § 252, et *Beitr.*, 1865. — Kraut, *Vormundschaft*, II, 586. — Rive, *id.*, I, 174. — Heusler, § 22 et suiv , 156. — Schrœder, § 35, p. 318. — Blackstone, I, 8. — Pollock et Maitland, p. 434. — Lehr, p. 112. — Young, *Essays in anglo-saxon law*, 1876, p. 121. — D'Arbois de Jubainville, *NRH*, 1886, 466 (dr. irlandais). — Pertile, § 115. — Salvioli, § 198. — Scaduto, *Consenso n. nozze, profess. ordinaz.*, 1885. — Schupfer, Lattes, etc. — Del Vecchio, *Stato e famiglia*, 1886. — A. du Boys, *Rhdr.*, 12, 188 (Fueros). — Post, *Ethnol. jurisp.*, II, 134. — Dareste, *Et.* 25, 75, 110.

(2) Ci-dessus, p. 18, t. II. *Alam.*, 51. *Liut.*, 126. — Stobbe, § 47, n. 23, et § 251. Maurer, *Münch. Akad.*, 1883, 68. Wilda, *ZDR*, IV, 288. Cf. d'ailleurs, ci-après, pouvoirs résultant du *mundium* paternel.

(3) Beaum., c. 18 (oirs loiaux et bastars). *Mir. de Souabe*, II, 63. *Siete part.*, IV, 13 (*son como sagrados, pues que son fechos sin mala estança e sin pecado .. Filius legitimus habet paternos honores et successiones; et po-*

sont conçus et nés en loyal mariage (1); ou encore ceux qui ont été simplement conçus durant le mariage et sont nés après sa dissolution; ou même ceux qui sont nés durant le mariage, mais conçus auparavant (2).

La connaissance des cas de nullité de mariage et par suite des questions de filiation appartenait à l'Eglise (3). On a vu, à propos du mariage, ce qu'était devenue cette compétence. C'est la jurisprudence des Cours d'Eglise qui, s'inspirant de la législation romaine, fixa le droit en cette matière (4). Durée (5) maxima et minima de la grossesse, présomption (6) *Pater is est quem nuptiae demonstrant*, désaveu par le père (7). contestation

test ad sacros ordines promoveri dignitatesque ecclesiasticas, seu honores seculares habere, quae illegitimis denegantur). — Deghewiet, p. 52 (Belgique). Amiable, *Rhdr.*, VIII, 559. A noter l'expression : *fils légitime et naturel*, très fréquente autrefois pour désigner ceux que nous appelons simplement fils légitimes. Hostiensis, p. 313. On veut les opposer aux enfants adoptifs, spirituels.

(1) Ou à la suite d'un mariage putatif. Beaum., 18, 7. Desm., 11.

(2) Sur ce dernier point, cependant, il y a des difficultés. Ferrière, v^is *Naissance*, *Filiation*, *Légitime*, *Question d'état*, etc. Guyot, *ibid.*, Bourjon, I, p. 19. — Beaum., 18, 2 (il est bastars; mais devient *loial oir* par la vertu du mariage). Cf. ci-après, répugnance pour la légitimation. *Schaspens*, I, 36.

(3) **X**, 4, 17, *qui filii sint legitimi*. Et sur ce titre, cf. Hostiensis, Panormitanus, etc. Freisen, p. 858.

(4) Le droit canon, suivant trop servilement la loi romaine, eut le tort de ne pas limiter strictement les cas de désaveu.

(5) Beaum., 18, 2 : 39 semaines et un jour au plus, 7 mois au moins. *Jostice*, p. 55. Schwabensp., 41 : au moins 41 semaines pour un garçon, 40 pour une fille. Chaisemartin, 66, 67. *Brünn. Stadr.*, 349. Domat, *Lois civ.*, 2, 2, 1 (appréciation du juge). Sur la durée maxima, hésitations dans l'ancienne jurisprudence : gestation de 13, 15, même 23 mois. Cf. dans *Lucina sine concubitu* (s. d.), le prétendu arrêt de Grenoble, 1637, décidant qu'un enfant avait été conçu, en l'absence du mari, par la force d'imagination de la mère. — En définitive, on s'arrêtait *d'ordinaire* aux règles suivantes : *a*) l'enfant né dix mois après la mort du mari n'est pas légitime; *b*) l'enfant né dans le septième mois commencé est légitime; *c*) l'enfant né avant le septième mois est aussi présumé légitime; mais la preuve contraire est admise, tandis qu'elle ne le serait pas dans les autres cas. Ferrière, Guyot, v^is *sup. cit.*

(6) Bernhöft, *ZVR*, IV, 227. Sicherer, *Personenstand u. Eheschl.*, 1879.

(7) Les jurisconsultes profitèrent de ce que le droit canon, à l'exemple du droit romain, ne limitait pas strictement les cas de désaveu pour essayer d'écarter la présomption *pater is est* (déclaration de la mère que l'enfant est adultérin, stérilité antérieure de la femme, l'enfant boiteux ou aveugle est censé né d'un péché). Coste, Thèse, 1884. *Cod. Max. Bav.*, 1, 4, 9. — Beaumanoir n'admet le désaveu que dans trois cas : 18, 14 : absence du mari; 15 : impuissance; 6 : séparation de corps. *Jostice*, p. 58. Même tendance rigoureuse dans la jurisprudence de nos Parlements. Cf. cep., sur

de légitimité par les parents (1), les lignes générales du droit moderne sont à peu près arrêtées dès le treizième siècle (2). Depuis le seizième, la preuve de la filiation est aisée; elle résulte de la production de l'extrait baptistaire de l'enfant auquel on joint l'extrait de l'acte de mariage des parents; la preuve par témoins n'est admise que si on commence par établir la perte des registres; au contraire, la possession d'état d'enfant légitime supplée au défaut d'extrait.

2. — **Origines.** — Le **mundium** barbare (3), dans son application aux enfants, ou, comme on pourrait l'appeler, la puissance paternelle du droit germanique, ne différait pas essentiellement de la *patria potestas* romaine (4). Elle appartenait aux mêmes personnes et emportait les mêmes effets. Ainsi le père seul l'exerçait à l'exclusion de la mère (5); lui seul était, pour

l'impossibilité morale de cohabitation, arr. du Parl. de Paris, 1745. 1758; C. civ., 325. Merlin, *Rép.* — *Add. Jostice*, p. 210. Glasson, III, 185. Pollock, II, 316.

(1) Beaum., 18, 1. — Grég. Tours, 8, 9.

(2) Cf. Ferrière, Guyot, etc. (bibliog.). Ci-après, Actes de l'état civil. Bourjon, t. I, p. 19.

(3) *Mundium*, forme latinisée du mot germanique *Munt* = *manus*, *potestas*. Autres formes : *mundeburdium*, *mundeburdis* (cf. *Vormundschaft*, tutelle). On dit aussi *potestas* (*Wis.*, etc.). *Alam.*, 51, 3; 54, 2. *Rib.*, 35, 58. *Capit.*, éd. Bor., Table, *h. v°*. Du Cange, v° *Mundiburdus*. Sur le sens de bouche, *os*, *verbum*, qu'on a souvent donné à *Mund*, cf. Viollet, p. 493. On entend par *mundium* la puissance non seulement sur les gens de la maison, mais sur les recommandés. Heusler, § 22 et suiv. Celui auquel appartient le *mundium* s'appelle *mundoaldus*, notamment dans les lois lombardes. Du Cange, *h. v°* (tuteur, mari, etc.). Au treizième siècle, on dit : *mainbournie*, *mainburnia*, *vouerie*, *gouvernement*, *garde*, etc., et celui qui exerce ce pouvoir domestique est qualifié de mainbour, mambour, mainburnissière, avoué, régent, gouverneur, etc. Ragueau, *h. v°*. Loysel, 176. Dans les Miroirs allemands : *Pflege*, *Vormundschaft*.

(4) Heusler, I, 105, 431. Brunner, I, 71. Zœpfl, *D. Rechtsg.*, II, 31. Amira, § 58. Richthofen, *Untersuch. üb. fries. Rechtsg.*, I, 407.

(5) L'expression *parents* qu'on trouve dans certains textes ne doit pas faire croire le contraire. Cf. cep. Viollet, p. 507. La mère n'exerce pas la puissance paternelle : veuve, elle passe sous l'autorité de son fils. Ci-après, Tutelle des femmes. *Roth.*, 204. *Sax.*, 42. Rozière, n° 103. Capit. Kiersy, 877, c. 6. — Les lois anglo-saxonnes ne confèrent à la mère que la garde des enfants et lui adjoignent un tuteur pour les biens. Iloth, 6. — Les l. des Wis., 3, 1, 7; 3, 2; 4, 3, 3, 13 et suiv.; et des Burg., 52, 58, 85, 62, 74, confient à la veuve la tutelle des enfants, sur sa demande et sous des conditions qui trahissent l'origine romaine de ces dispositions; elle a même un certain droit de jouissance. Cf. ci-après, Gains de survie. Même d'après ces lois, il est bien douteux que les droits de la mère soient les mêmes que ceux du père. Les secondes noces lui font perdre la tutelle. Cf. Walter,

employer une expression des lois lombardes, *selbmund*, sous son propre *mundium* (cf. opposition romaine entre les *sui juris* et les *alieni juris*) (1). Elle impliquait le *jus vitae necisque* (2). Les traditions anciennes le montrent se prononçant sur le sort des enfants nouveau-nés ; en les élevant dans ses bras, il manifeste sa volonté de les laisser vivre ; sinon, il est d'usage de les exposer ; ni la parenté ni l'Etat ne s'inquiètent de cette sorte d'infanticide (3). Si l'on en croit Tacite, 30, l'éducation des jeunes

Corp. jur. germ., I, p. 665. *Wis.*, 4, 2, 13. *Bai.*, 15, 7. *Reg. Farf.*, 167. Sur les droits de la mère veuve, cf. Heusler, II, 433, 450 (*Beisitz der Wittwe*).

(1) *Roth.*, 204 (ci-après, Tutelle des femmes). Le chef de famille a seul la *potestas de se ipso disponendi* ; il dispose de sa vie, de sa liberté (Tacite, *Germ.*, 24), se réduit en esclavage pour payer ses dettes, se condamne à mort par avance pour le cas où il n'acquitterait pas ses engagements, promet une livre de sa chair en retour d'une somme d'argent, comme dans le *Marchand de Venise*. Qui n'est pas *selbmund* n'a le droit de faire rien de cela. Avoir la pleine disposition de soi est la première condition pour exercer sur les autres l'autorité domestique. Et cette autorité a des effets analogues ; le *selbmund* dispose des autres comme de lui-même. Ci-après, Otage, etc. Kohler, *Shakespeare vor dem forum d. Jurispr.*, 1884 (actes *in f.*).

(2) En disant que la stérilité volontaire et l'avortement (*numerum liberorum finire*), ainsi que l'infanticide (*quemquam ex agnatis necare*) sont inconnus des Germains, Tacite, 19, n'entend pas nier ce droit ; il se borne à constater que ces fléaux des sociétés vieillies et riches ne les ont pas atteints ; la grossièreté de leurs mœurs les préservait des deux premiers ; quant au troisième, ils y échappaient sans peine, la rudesse du climat et le manque de soins tuant assez d'enfants pour que leur grand souci fût de sauver ceux qui leur restaient.

(3) Sur l'**exposition** des enfants, *a*) *législ. du Bas-Empire*, cf. Du Plessis, p. 157 et les auteurs cités ; *b*) *époque franque*. Grimm, 455, 488. Michelet, *Orig.*, p. 2. Maurer, *Münch. Akad.*, 1880, 5. Platz, *Gesch. d. Aussetzung*, 1876. Friedberg, *Bussbücher*, 39. Du Plessis, p. 201, 342. La religion païenne interdisait l'exposition lorsque l'enfant avait touché l'eau sacrée ou pris des aliments. Même règle à l'époque chrétienne pour l'enfant baptisé. Du Cange, v° *Sal.* En dehors de la misère, cause la plus fréquente de l'exposition des enfants, des préjugés divers poussaient les parents à prendre ce parti : les enfants contrefaits, difformes, passaient pour ne pas appartenir à l'espèce humaine (cf. *Siete Part.*, IV, 23, 5 : *monstruosi, ut cum capite bestiae, non sunt liberi nec succedunt*) ; sur deux jumeaux, on croyait que l'un était né d'un adultère. Cf. Celtes : exposition des enfants sur le Rhin quand on doutait de leur légitimité. D. Bouquet, I, 754. — Enfants trouvés. *Burg.*, 100. Pardessus, *L. Sal.* p. 449 : le *nutritor* peut les traiter comme esclaves ou libres, et dans ce dernier cas il est comme leur père adoptif. Ci-après, Adoption. Conc. Vaison, 9, 10 ; Arles, 452, c. 51. *Secus*, **X**, 5, 11. Cod. Just., 8, 52, 3. — L'usage s'introduisit de bonne heure d'exposer les enfants aux portes des églises. *Form. Andec.*, 48. *Turon.*, 11. *Siete Part.*, 20. Transition naturelle au dépôt dans des établissements hos-

Germains était des plus grossières : « Sale et nu, l'enfant grandit à l'aventure, pêle-mêle avec les animaux et les esclaves. » Fallait-il le châtier, l'autorité disciplinaire du père semble n'avoir pas eu de limites (1); il donne en otage sa femme et ses enfants (2); il les vend comme esclaves (3). *A fortiori* a-t-il le droit de marier ses filles sans leur consentement (4), de vouer ses fils à la vie monastique (5), de leur imposer une profession.

pitaliers (tours, etc.) qui est le droit du dix-septième et du dix-huitième siècles : les parents placent dans les langes un billet donnant le nom de l'enfant et permettant de le retrouver. Sur les enfants trouvés, cf. Lallemand, *op. cit.* Fréminville, *h. v°*. Avec P. Viollet, p. 501, nous pensons que notre législation, en supprimant les tours, en se montrant plus rigoureuse que l'ancienne pratique, pousse à l'avortement et à l'infanticide, et elle est d'autant plus efficace que ces deux crimes ont, pour ainsi dire, cessé d'être punis. Du Plessis, p. 342.

(1) *Roth.*, 189, 200, 201, 222. *Liut.*, 120. *Wis.*, 4, 5, 1; 3, 2, 3; 3, 4, 5. *Burg.*, 35. *Sal., cap. extrav.*, 5. *L. rom. Cur.*, 3, 3, 18, 10. Ce droit se résume dans la formule du *Lib. Papiensis*, à propos de la femme : *non licet eam occidere ad libitum, sed rationabiliter*. L'assistance des proches, d'une sorte de Conseil de famille, était-elle nécessaire? Cf. Tacite, *Germ.*, 19. Chaisemartin, 59 : le père est le juge de l'enfant. — Droit romain : Girard, p. 11. — Sur les crimes contre les parents, cf. Du Plessis, p. 212. Dans l'ancienne loi de Vestrogothie, le meurtre de parent à parent n'était point puni, preuve frappante de l'indépendance de la famille par rapport à l'Etat.

(2) Ci-après, Otage. Bord., 43.

(3) **Ventes** de nouveau-nés sous le Bas-Empire (Cod. Just., 4, 43, 1); Constantin les permet seulement au moment où ils viennent de naître (*sanguinolenti*), Cod. Théod., 5, 8, 1 (*L. rom. Wis.*); mais il fut toujours possible de les racheter; Valentinien III facilita le rachat en décidant qu'il suffirait de rembourser le prix d'achat avec un cinquième en sus (Nov. XI, *L. rom. Wis.*). Ed. Pistes, 34. — A l'époque franque, fréquence de ces ventes d'enfants. Rozière, *Form.*, 43 et suiv. Thévenin, n°s 12, 156, 157, etc. Greg. Tur., 7, 45; *Fris.*, XI, 1. *Bai.*, 7, 4. Motifs : misère, famine, dettes. On se vend soi-même, seul ou avec femme et enfants. Ci-dessus, Condition des personnes. Epoque franque. Restrictions. Ed. Théodoric, 94, 95 (Paul, *Sent.*, 5, 1, 1. Cod. Théod., 3, 3, 1, *Int. Wis.*, 5, 4, 12 (*Ant. interd.*). Les pénitentiels obligent le chrétien qui a vendu son enfant à le racheter, fixent un âge passé lequel le père ne peut plus le vendre. Wasserschleben, *Poen. Th.*, II, 12, etc. Lallemand, p. 94. *Capit.*, (I, 114, 293), 803, c. 8; 819, c. 6 (Rachat). — *Petrus*, I, 14 (cf. Cod. Just., 4, 43, 2). — Sur les ventes comme serfs, Bordeaux, *AC*, 43. Du Cange, v° *Oblati. Schwab. emp.*, 357. Acte de 1440 (*Acad. Lég. Toulouse*, VI, 169). Bazas, 1489, 171 (*Arch. hist. Gironde*, XV, 83). Toulouse, 1553. *Mir. de Souabe*, 357. Muratori, *Script.*, V, 556 (a. 1058). *Rhdr.*, 1859, 129, Grotius, II, 5, 5 (le droit naturel permet aux parents de vendre leurs enfants). *Siete Part.*, IV, 17, 8 : le père assiégé dans un château peut manger son fils plutôt que de se rendre sans l'ordre du seigneur.

(4) Ci-dessus, p. 15, t. II. Du Plessis, p. 227. *Capit. Remedii*, 5. *Burg.*, 100. *Wis.*, 3, 3, 11; 3, 1, 4, et 3, 4. *Liut.*, 120. Kovalewsky, p. 193.

(5) Conc. Tolède, 633, c. 49 : *Monachum aut paterna devotio aut propria*

Il leur transmet son domicile, sa nationalité, sa condition (1), sa foi religieuse. Il est responsable de leurs délits (2), et, à l'inverse, il tire vengeance de ceux dont ils sont victimes (3); seul, il poursuit en justice la répression et, seul, il peut être poursuivi. Les enfants sont incapables de s'obliger par contrat (4), incapables d'ester en justice; c'est au père seul que les tiers ont affaire.

Le patrimoine de la famille absorbe les acquisitions qu'ils font, si bien qu'ils ne possèdent rien en propre (5). Corps et biens, il est donc vrai de dire que les enfants sont dans la main du père; la logique de la famille patriarcale le veut ainsi; leur personnalité est absorbée dans l'être moral dont le père est l'unique représentant légal.

3. — Une opinion autrefois très répandue opposait le *mun-*

professio facit. Cf. *id.*, 665, c. 6 (jusqu'à 10 ans). Worms, 868, c. 22, 23. — Mais dès cette époque, il y a des décisions contraires. Thomassin, *Discipl. de l'Eglise*, I, 1765. Saint-Léon à Rusticus, évˢ de Narbonne (a. 458). *Nov. Major.*, 8. Gratien, **C**, 20, q. 1, c. 1. Pseudo Isidor., p. 352. Du Plessis, p. 225. Et en définitive (XIIᵉ, XIIIᵉ s.), l'Eglise finit par exiger la ratification de l'enfant quand il sera d'âge à comprendre la portée de la profession religieuse. *Capit.*, 817, c. 36 (I, 346), **X**, 3, 31, 14. *Sachsensp.*, I, 25, 2. *Liut.*, 30.

(1) Cf. cep. Condition des personnes. Epoque franque, t. I : *le pire emporte le bon.*

(2) *Sal.*, 24, 5. Geffcken, *h. l. Roth.*, 263. Alb., II, 55. Et des form. lombardes cit. par Heusler. Défense en justice. *Sachsensp.*, II, 18, 2. *TAC Bret.*, 204. — L'abandon noxal était-il possible? Girard, *NRH*, 1888, 47. Leseur, *ib.*, 18. — Le père qui n'avait pas de quoi payer la composition due à raison du délit de son fils, avait sans doute la faculté de livrer celui-ci en payement à titre d'esclave (ci-dessus). Mais les textes ne mentionnent pas l'abandon noxal proprement dit à l'effet de permettre l'exercice du droit de vengeance et avec libération du père, quoique la valeur vénale du fils soit fort inférieure au chiffre de la composition. *Roth.*, 142. *Sal.*, 40. *Sax.*, 18, 50. *Mir. de Souabe*, II, 111. Kraut, I, 346 (vestiges au moyen âge).

(3) Le délit contre le fils est une violation du *mundium* paternel. Donc le père seul profite de la composition, et l'enfant, quoique victime du délit, n'a pas droit même à une fraction de celle-ci. Cf. cep. ci-contre au sujet de la réparation du *wergeld* entre les parents (p. 566). *Wis.*, 3, 3, 11; 8, 5, 3. *Bai.*, 4, 28; 5, 9; 8, 10, et 9, 4. *Sal.*, 39, 24, 5, 40. *Sax.*, 20 *Roth.*, 26, 201, 129. *Liut.*, 146. *Cod Lauresch.*, n. 95 (a. 1023). *Roz.*, 467 et suiv. Heusler, I, 124.

(4) *Rib.*, 74. *Burg.* 87. *L. Pap.*, 22, 170. Cf. *L. Pap.*, *Roth.*, 139 (femme). Greg. Tours, VIII, 43 (fils en fuite). *Cap.*, 819 (I, 293); 829, c. 4.

(5) Dans les lois lombardes le fils est assimilé à l'esclave sous ce rapport; le père n'est pas plus tenu des contrats de l'un que de l'autre. *Roth.*, 170, 200, 204 et suiv., 233 et suiv., 262. *Liut.*, 78, 87 (cf. *Lib. Pap.*, *Expositio*). *Wis.*, 4, 2, 13 (*Ant.*); 4, 5, 5. *L. rom. Cur.*, 24, 8. *Cap. extr. Sal.*, 8. *Rib.*, 74.

dium germanique à la *patria potestas* romaine, comme deux institutions de nature contraire : le *mundium* aurait été un pouvoir tutélaire établi uniquement dans l'intérêt de l'enfant, tandis que la *patria potestas* semblait organisée au profit du père (1). On ne saurait guère invoquer à l'appui de cette thèse, en dehors des textes qui de bonne heure modifièrent le vieux droit sous l'influence des mœurs romaines et chrétiennes (2), que deux faits :

1° *La durée limitée du* **mundium** *par opposition à la perpétuité de la* **patria potestas** (3). Mais rien ne prouve, comme on l'affirme, que le *mundium* cessât de plein droit à la majorité du fils (4) ; au contraire, ce que nous savons de la constitution de la famille et du droit postérieur porte à croire qu'il dure tant que celui-ci continue à habiter avec son père. Si l'émancipation ne résulte pas de l'âge (5), elle peut se produire comme consé-

(1) Pardessus, *L. Sal.*, p. 451. Glasson, *op. cit.*

(2) On sait que la *patria potestas* romaine s'était adoucie dès l'époque païenne et sous le Bas-Empire; le mouvement en ce sens se continua quoiqu'on n'ait pas songé à en limiter la durée. Cornil, *NRH*, 1897.

(3) Controv. Heusler, II, 437. Kraut, II, 591. Pardessus, p. 455. Pertile, p. 376. Freund, *Was in der Were verstirbt*, 1880.

(4) Tac., *Germ.*, 13 (*Nil., nisi armati agunt... In ipso concilio vel principum aliquis vel pater vel propinquus, scuto frameaque Juvenem ornant*). La **prise des armes** dans l'assemblée populaire n'entraîne pas l'émancipation civile. Le jeune homme, reconnu par là apte à porter les armes, devient *pars civitatis* (droits politiques), sans cesser d'être *pars domus. Sachsensp.*, I, 2, 1 : Le majeur doit se rendre au plaid. Cf. dr. romain. Ci-après, Adoption par les armes. Cassiod., *Var.*, II, 38 (*Gothis aetatem legitimam virtus facit*). *Roth.*, 204. *Capit.* (I, 285), c. 21. *Wis.*, 4, 2, 13. — Pardessus, *L. Sal.*, p. 454, voit dans la **coupe des cheveux** un acte d'émancipation, une cérémonie attestant « le passage de l'enfance à la majorité. » Les dons faits à cette occasion aux enfants consistaient en objets destinés à leur usage personnel et de peu de valeur. *Sal.* (Hessels), 100, 24, 69. Geffcken, *L. Sal.*, p. 134, 235, 253 (bibl.). Potkanski, *Haarschur*, 1896. Du Cange, v° *Capillus* Lois lomb. (filles *in capillo* non mariées). Le droit de *tundere* le *puer crinitus* n'appartenait, d'après la L. Sal., qu'aux *parentes* (c'est-à-dire au père ou, à défaut, au plus proche agnat), et sans doute à toute personne à qui les *parentes* le déléguaient (cas d'adoption, ci-après). La première coupe de cheveux était dès lors une cérémonie privée préalable et préparatoire à la prise publique des armes. Le port de la chevelure étant le signe distinctif de l'ingénuité, les cheveux ne devaient pas être rasés, comme ceux de l'esclave, mais taillés d'une certaine façon. Du Plessis, p. 107.

(5) Controv. Kraut, II, 590, etc. Devenu majeur, l'enfant est assez fort pour se passer de protecteur; si le *mundium* persiste, c'est qu'il tient surtout à la constitution de la famille. Cf. cep. Gide, p. 199. Déchéance du

quence de la fondation d'un foyer séparé ; et ceci se conçoit dans trois cas : 1° le père chasse son fils de la maison (1) ; 2° le fils s'éloigne du consentement du père (2) ; 3° enfin, sans être formellement émancipé, sans avoir l'autorisation, le fils quitte le foyer paternel dans les cas assez rares où il peut y trouver avantage (3). L'absence de textes précis ne permet guère d'affirmation positive, mais tel est l'état social de l'ancienne Germanie que ces trois hypothèses ont dû être envisagées comme légales. Il n'y a pas à chercher ailleurs l'origine de la règle coutumière : *puissance paternelle n'a lieu.*

2° *L'idée de copropriété familiale*, à peu près effacée à Rome devant le pouvoir absolu du *pater*, persiste, au contraire, dans la société barbare, témoin l'intervention des enfants aux aliénations faites par le père (4) et les partages du patrimoine de famille opérés de son vivant (5). Ces restrictions au pouvoir

père par suite de la vieillesse chez les Scandinaves. Ozanam, *Etudes germ.*, I, 120 : les Hérules jetaient dans les flammes leurs malades et leurs vieillards. En Suède, les pères qui vivaient trop prévenaient l'impatience de leurs fils en se précipitant du haut des rochers. Grimm, I, 669-675, 4e éd.

(1) Cf. femme adultère : expulsion *coram propinquis*. For de Morlaas, 345. Masuer, 40, 5 (refus d'aliments).

(2) Analogies tirées de la famille slave. Demelic, *Dr. cout. des slaves*, p. 56.

(3) Le *pater* romain a des moyens de ramener de force auprès de lui le fils fugitif. Mais ce qui était possible dans une société bien ordonnée comme Rome, ne l'était guère chez les tribus germaniques. Cf. *abdicatio parentelae*, L. Sal., 63. Glasson, III, 56, Geffcken, sur ce texte. *L. Henri*, I, 88. Voy. cep. Demelic, p. 48. 133. Dareste, *Etudes*, 138, 242. S. Maine, *Cout. prim.*, 165. Rompre tout lien avec sa parenté était une extrémité à laquelle on se résolvait difficilement. D'autant plus que le fils majeur qui quittait son père sans y être autorisé perdait, sans doute, tout droit à ces partages entre vifs auxquels il est fait allusion dans les *L. Burg.*, 51 ; *Bai.*, 1 ; ci-après, Successions. — Le compagnonnage entraînant un changement de *mundium*, devait émanciper de la puissance paternelle. *L. rom. Cur.*, 22, 6; 23, 7; 24, 8. Schupfer. *Stud s. l. Udin.*, 50. Béguelin, *Les fondements du Rég. féodal dans la L. Rom. cur.*, 1893, p 53. Zanetti, *La L. Romana Retica Coirese*, 1900. Heusler, II, 435. Du Plessis, p. 100 et suiv. — Cf., sur le rapt, ci-dessus, p. 1033. *Roth.*, 186.

(4) Nombreux exemples dans les Cartulaires, Cap. Kiersy, 5 (II, 357). *Liut.*, 149. Donné par un enfant mineur, ce consentement est sans valeur ou plutôt annulable. Heusler, II, 445.

(5) *Burg.*, 24, 51, 75, 78. *Bai.*, 1. *Roth.*, 168, *Expos. ad Liut.*, 113, *Sax.*, 62. *Wis.*, 4, 2, 13. Schrœder, p. 320 Grimm, p. 486. Ci-après, Successions. Statuts italiens cités par Pertile, III, 380. Brünneck, p. 51. St. de Corse, 1571, I, 46. *Schwabensp.*, 61. Beaucoup de ces textes semblent se référer au cas où la mère est morte et où ses biens se confondent avec ceux du père. Voy. déjà dans L. Sal., *Capit extrav.*, 8. Pour ces biens, la l. d'Upland adjoint au mari le parent le plus proche de la mère prédécédée. Rive, I, 59.

paternel, si remarquables qu'elles soient, n'en changent pas le caractère essentiel, surtout si l'on admet qu'il dépend du père d'émanciper de force ses enfants et de les priver ainsi de tous ces droits (1).

4. — **Transformation du mundium**. — La désagrégation lente de la famille patriarcale fit perdre de sa rudesse au *mundium* paternel. Le christianisme, avec ses idées de charité et d'indépendance spirituelle des membres de la famille, s'associa dans ce but aux tendances individualistes (2); il affirmait, à côté des devoirs des enfants envers leurs parents, les devoirs réciproques des parents envers leurs enfants (3); il rapprochait la mère du père, il ne distinguait pas entre les fils et les filles (4). Après avoir contribué à adoucir la *patria potestas* romaine (5), à l'exemple des empereurs païens, il dut s'attaquer au *mundium* barbare pour en restreindre les effets (6).

5. — La **mainbournie coutumière** (7) n'est que l'ancien *mundium* réduit peu à peu à ne comporter que les droits nécessaires pour protéger l'enfant; c'est un pouvoir de protection, selon une expression courante, tout dans l'intérêt des enfants (8), une

(1) Cf. à Rome, *patria potestas* et *querela inoff. test.* Obligation de doter la fille. Papien, 37, 1. *Wis.*, 3, 1, 9. — Sur l'exhérédation à l'époque barbare, ci-après, *h. v° Wis.*, 4, 5, 1. *Alam.*, 1, et ci-contre, n. 2.

(2) Du mot de saint Thomas, *Sent.*, 2, 33, 1, 1 : *non est parentis sed ipsius Dei (quantum ad animam)*, rapprochons la doctrine révolutionnaire : l'enfant appartient à l'Etat plutôt qu'à ses parents. Bourjon, I, 5, 1, 1, le dit déjà expressément.

(3) Saint Paul, Colos., III, 10, 21; Ephés., VI, 1, 3, 4; 1 Tim., V, 4, 8. Saint Augustin, *Serm.*, 356, n° 5 : si quelqu'un veut exhéréder son fils pour instituer l'Eglise, qu'il cherche, pour accepter cela, un autre qu'Augustin; certes, avec l'aide de Dieu, il ne trouvera personne. *Jostice*, p. 210.

(4) Saint Paul, Galat., III, 26.

(5) Peine de mort contre l'infanticide, l'avortement, l'exposition des enfants. Lactant., *Inst. div.*, VI, 20. Cod. Théod., XI, 27, 1, etc. Détails, ainsi que sur la vente des enfants, dans Du Plessis, *op. cit.*

(6) Exagérations, par exemple à propos des enfants des Juifs. Conc. de Tolède, IV, 59. Meaux, 845, c. 75. **x**, 28, 1, 11. Affaire Mortara sous Pie IX.

(7) *Jost.*, p. 57, 158. Beaum,, c. 15. *Et. de saint Louis*, I, 73; IV, 270 (édit. Viollet). Navarre, 24 (*de pay et filh*). *Siete Part.*, IV, 17. Lamoignon, *Arrêtés*, p. 5. Deghewiet, p. 59. *Gr. Encyclop.*, v° *Mainbour.* — Cf. écrits divers comme le *Castoiement d'un père à son fils* (imité d'un poème latin du XII[e] siècle). — L'enfant acquiert toujours la condition du père (*Jostice*, p. 56), sa nationalité, son domicile, son nom même, lorsqu'il existe des noms patronymiques. Lallier, *Propr. des noms et des titres*, 1890.

(8) Coquille, *Inst.*, p. 106 : la puissance paternelle est imaginaire, car les parents n'ont guère plus de droits sur la personne et les biens de leurs

vraie tutelle cessant à leur majorité, c'est-à-dire au moment où ils n'ont plus besoin de protection, exercée au besoin par la mère, quand le père était mort, absent ou incapable, permettant à l'enfant d'avoir des biens séparés, distincts de ceux des parents. Autant de traits par lesquels elle se sépare de la *patria potestas* romaine des pays de droit écrit : celle-ci dure toute la vie du père ; si le grand-père existe, c'est lui qui a l'autorité sur ses petits-fils comme sur son fils ; elle n'appartient pas à la mère ; le père a l'usufruit des biens adventifs du fils ; enfin, quoique capable de s'obliger, le fils ne peut ni tester ni emprunter de l'argent (*Sénatusconsulte Macédonien*). Le contraste entre les deux législations qui régissent la France est ici qu'on dit : en pays coutumier, **puissance paternelle n'a lieu** (1) ; les enfants sont en la vouerie ou mainbournie de leurs parents (2). Il faut se garder pourtant d'exagérer cette opposition. La *patria potestas* romaine cesse fréquemment par voie d'émancipation formelle ; la jurisprudence introduit également des émancipations tacites, par exemple par l'effet du mariage (3) ; les biens castrenses du fils non émancipé sont sa propriété exclusive ; par rapport à ces biens, il a le droit de tester et pour les autres, il les donne à cause de mort. La condition du fils de famille dans le Midi se rapproche ainsi de celle du fils majeur en pays de coutume, et, à l'inverse, on va voir que celui-ci est loin d'avoir toujours joui de l'indépendance qu'on est habitué à lui reconnaître (4).

enfants que les tuteurs par rapport à leurs pupilles. Du Vair (cité par Ferrière, v° *Puiss. pat.*) : cette souveraine domination (que les pères, à Rome, avaient sur leurs enfants) est changée de leur part en charitable amour, et cet esclavage de la part des enfants en un honneur plein de respect. Boutaric, *Inst.*, 9, 2, compare le père à un tuteur. D'après Blackstone, le pouvoir du père sur les enfants dérive de ses devoirs envers eux. Heusler, II, 449, remarque que la puissance paternelle a conservé cependant plus de ses anciens caractères que la tutelle.

(1) Loysel, 55. Ce brocard est-il la traduction de la glose s. les *Inst. de pat. pot.* : *Aliae gentes ut servos tenent filios, velut Sclavi; aliae ut prorsus absolutos, ut Francigenae.* Au treizième siècle, un commentateur du droit lombard dit aussi : *Jure langobardo filii non sunt in potestate patris.* Pertile, § 115.

(2) Loysel, 177. Desmares, 248. Boerius, q. 167; 13, 14. Gui Pape, 410. Brodeau, *M.*, 18. D'Argentré, s. *Bret.*, 498. Henrys, *Qu.*, 127.

(3) Navarre, 24, 8 : les héritiers ou héritières mariés dans la maison deviennent copropriétaires, avec leurs parents, de la maison et des biens avitins et papoaux.

(4) Les majeurs de vingt-cinq ans internés sur la demande de leur père,

6. — **Droits sur la personne** (1). **Correction.** — La puissance paternelle donne au père le droit de garder l'enfant (2), de l'élever (3), par conséquent de choisir sa religion (4), de désigner ses maîtres et enfin de le corriger (5), sans quoi les droits précédents seraient peu efficaces. L'autorité disciplinaire du père est encore très étendue à l'époque féodale (6). Il peut battre l'enfant (7), pourvu qu'il ne le blesse pas grièvement : restriction importante qui permettra au fils d'en appeler à la justice en cas de mauvais traitements de la part du père (8). Il peut le tenir enfermé dans une chambre, le faire placer dans un cou-

encore en 1673, ne devaient pas trouver que la puissance paternelle fût un vain mot.

(1) Vestiges de l'ancien droit. Par exemple en Normandie (Marnier, *Etabl.*, 26), la peine de mort n'est pas infligée au père qui tue son enfant. Bergerac, 82. Cf. Bout., I, 18; II, 40. *Et. de saint Louis*, I, 39. Viollet, *ib.*, I, 249. Vitry, 100, 148. Bord., 43 (mise en gage). Meslé, *op. cit.*, *passim*. — Sur la tutelle testamentaire, cf. ci-après.

(2) A partir de seize ans, on peut s'engager sans autorisation dans l'armée royale. Beaune, 543. Isambert, table v^is^ *Armée Recrutement*.

(3) Ci-après. Usage pour les vassaux d'envoyer leurs fils à la cour du seigneur. Gautier, *Chevalerie*. *Atalikat* dans le Caucase. Kovalewsky, p. 190.

(4) Sur l'éducation religieuse, Schulte, *Eherecht*, 320, 535. Contre les **protestants**, législation qui ruine la puissance paternelle : Décl. 17 juin 1681 (il leur est permis d'abjurer à partir de l'âge de sept ans). Edit de révocation, 1685, art. 8. Edit janvier 1686 ordonne que les enfants de cinq à seize ans soient enlevés à leurs parents hérétiques (ex. enfants du duc de La Force). Décl. 13 déc. 1698; 13 mai 1724. En 1686, les parents émigrés perdirent le droit de consentir au mariage de leurs enfants restés en France. Néron, II, 964. — L'Edit de 1787 revint sur ces dispositions. Du Plessis, p. 375, Angleterre : dispositions contre les catholiques. Blackstone, *op. cit.*, II, p. 172. Lehr, p. 115.

(5) Droit au respect : le témoignage du fils n'est pas admis contre le père (Dig., 22, 5, 4, 9. Petrus, 4, 40. *L. d. droiz*, 224. Ord. 1667, 22, 2, et réciproquement); le fils ne peut pas agir contre le père sans autorisation de justice. Dig., 2, 4, 4. Petrus, 3, 63. *Jostice*, 2, 4, 3. *Siete Part.*, IV, 17, 11. Cf. Houard, *Dictionn.*, v° *Enfants*.

(6) *Kl. Kaiserrecht*, II, 7.

(7) Les punitions corporelles furent très longtemps en usage dans les écoles et dans les familles. Henri IV avait reçu souvent le fouet et recommandait de le donner à son fils (Louis XIII). Dureté dans l'éducation, froideur dans les rapports, voilà l'ancienne famille. Cf. Bodin, *Républ.*, I, 4. Montaigne, I, 25 : *Ostez-moi la violence et la force, il n'est rien à mon advis qui abastardisse et estourdisse si fort une nature bien née.* L'avis serait bon s'il n'y avait que des natures bien nées. Pour l'avoir suivi, notre temps a fait de beaucoup d'enfants d'odieux petits tyrans.

(8) Montpellier, 64 : *nec castigati de castigatione audiantur in curia*. — Cf. *Jostice*, 2, 15, 2 (p. 59). Au seizième siècle, le recours à la justice est de règle, s'il y a *sévices*. Pasquier, *Inst.*, p. 64. — Chaisemartin, 60.

vent ou dans une prison publique, lorsque la chartre privée fut hors d'usage (1). La prison était un progrès sur celle-ci, et l'arbitraire du chef de famille se trouvait alors limité par la nécessité de s'adresser à l'**autorité publique** (2). La jurisprudence de l'époque monarchique réglementa pour ce cas l'exercice du pouvoir paternel (3) : le père put, de sa seule autorité, faire enfermer son enfant mineur de vingt-cinq ans dans une maison de correction ; mais s'il était remarié, il fallait l'ordonnance du juge rendue, d'ordinaire, sur avis des parents. Quant à la mère, elle ne pouvait jamais obtenir l'incarcération de son fils sans autorisation de justice, « la faiblesse du jugement des femmes et le caractère d'emportement assez ordinaire à ce sexe empêchant, » dit Pothier, « qu'on ne puisse compter sur la mère comme sur le père (4). » En somme, le droit de correction des parents a fini par ne s'exercer qu'avec le concours des tribunaux (5). Cette intervention de l'autorité publique dans un

(1) Liége (cité par Couillaud, thèse, p. 181) : les parents peuvent battre et corriger leurs enfants sans qu'ils soient tenus d'aucune amende en justice, sauf pour le cas de blessure. Ils peuvent les renfermer dans une chambre pour un petit temps. Mais ils ne peuvent les faire emprisonner, surtout hors du pays, sans le décret de l'official de Liége ou du juge ordinaire du pays, qu'ils devront obtenir et montrer au geôlier dans les trois jours de l'emprisonnement. — *Mir. de Souabe*, I, 190 (droit pour le maître de battre l'enfant qui lui est confié); II, 26. Stobbe, § 252. — Montpellier, 64. Agen, 22. — Corrections corporelles en droit anglais, mais non emprisonnement. *Secùs*, Italie. Pertile, III, 378. Ivrée : bannissement. Frioul : chasser de la maison. — Dans ces conditions, la *crainte révérentielle* n'est pas un vain mot.

(2) Limité dans une très faible mesure d'abord, l'Etat acceptant les yeux fermés les pénalités édictées par le père de famille. Il faut attendre jusqu'en 1673 pour constater une action énergique des pouvoirs publics. Merlin, v° *Correction*. Brillon, v° *Débauche*.

(3) A Paris, en 1673, des majeurs de trente ans, des prêtres, sont ainsi détenus par voie de correction paternelle. Il fallut un arr. de règlement, 9 mars 1673, pour restreindre l'exercice de ce droit jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans. Encore après cela restait-il au père la ressource d'obtenir une lettre de cachet contre son fils majeur (Ex. : Mirabeau incarcéré au château d'If en 1774. Joly, *Procès des Mirabeau*, 1863, p. 61 et suiv.). Funck-Brentano, *RDM*, 15 oct. 1892. Les **lettres de cachet** prennent ainsi une destination tout autre que celle qu'on est habitué à leur reconnaître; c'est un moyen pour les parents de sauvegarder l'honneur de la famille; elles sont délivrées pour des raisons de famille et non pas seulement pour des raisons d'Etat. — Cf. Ord. 20 avril 1684 ; 15 juill. 1763 (déportés à la Désirade où ils deviennent colons). Viollet, p. 506, n. 2.

(4) Le tuteur ne peut faire détenir le pupille que sur ordonnance du juge et avis des parents. Pothier, *Personnes*, I, 4, 3, 2, 1. Meslé, I, 260.

(5) Déchéance de la puissance paternelle. Beaum., 21, 12 et suiv. Masuer,

domaine où elle ne pénétrait autrefois que par exception, est devenue fréquente, normale : l'autonomie familiale n'existe plus ; le père de famille doit rendre compte à l'Etat de l'exercice de son pouvoir.

7. — **Devoirs des parents.** — Les obligations des parents, élever, entretenir, protéger les enfants et même les établir, sont demeurées longtemps peu précises et dépourvues de sanction (1). Avant les lois contre les Réformés décrétant l'instruction obligatoire, l'éducation se donnait sans règles, au gré des parents (2). Protéger les enfants, c'est-à-dire agir en justice pour eux, les assister, gérer leurs biens, était plutôt un droit qu'un devoir (3). Même arbitraire pour l'entretien ; ce n'est pas sans peine que les tribunaux ont acquis ici un pouvoir de réglementation (4). Pour l'établissement des enfants, on verra plus loin, à propos de l'émancipation, les règles du très ancien droit. A l'époque monarchique, la plupart des Coutumes s'en tiennent au principe : *Ne dote qui ne veut* (5), tandis qu'en pays

5, 1. Loysel, I, 4, 22. Déclar. 8 mars 1704. Stobbe, § 252, n. 2. Cf. L. 24 juillet 1889. — Sur le droit anglais, cf. Lehr, p. 117.

(1) La sanction a eu de la peine à s'établir et ne s'est même établie que d'une façon très incomplète.

(2) Droit naturel. Blackstone, *loc. cit.* — La question d'éducation des enfants est arbitraire au juge. Cormis, *Consult.*, II, 1130. Soefve, *Quest.*, 2, 3, 50. — La Décl. du 24 mai 1724 prescrit d'établir des écoles dans toutes les paroisses et oblige les parents à y envoyer leurs enfants jusqu'à l'âge de quatorze ans; on se propose surtout par là un but confessionnel: il s'agit d'instruire les enfants, et surtout les enfants des réformés, dans les mystères de la religion catholique. Cf. Edit 1695. Mais ces lois furent mal appliquées. Champion, *La France d'ap. les Cahiers de 1789*, p. 205. Le D. du 29 frim. an II rendit aussi l'instruction primaire obligatoire. Cf. L. 28 mars 1882. Danton : « Après le pain, l'éducation est le premier besoin du peuple. » Le projet de Code civ., 1, 5, 2, obligeait les parents à faire apprendre un métier aux enfants (cf. Rousseau dans *Emile*).

(3) Ci-contre, p. 120, t. II.

(4) La législation anglaise limite beaucoup le droit alimentaire. Celui-ci n'existe qu'autant que l'enfant se trouve, à raison de sa santé ou de son âge, hors d'état de pourvoir à ses besoins ; en ce cas, il n'est autorisé à demander qu'une pension de 325 francs par an au maximum. La contrainte exercée sur les parents s'y présente sous la forme d'une saisie par les marguilliers et inspecteurs de la paroisse, en d'autres termes, on n'admet pas que la famille puisse se décharger sur la paroisse de l'entretien de ses pauvres. Lehr, p. 114. — La jurisprudence des autres pays est plus large. Ci-dessus, p. 4, t. II, 6. Brünneck, p. 50 (Sicile). *Siete Part.*, IV, 19. Chaisemartin, 63 : un père peut plutôt nourrir dix enfants que dix enfants un père. — *Alimenta liberis denegare est neare.* Argou, III, 21.

(5) Origine romaine. Masuer, XIV, 12. Auv., 12, 30. Bord., 43. Metz, 1,

de droit écrit et en Normandie, les parents sont tenus de l'obligation stricte de doter leurs filles (1). L'établissement par mariage et l'entrée dans les ordres religieux furent d'abord imposés par les parents à leurs enfants en puissance; avec le temps, sous l'influence de l'Eglise, ces actes devinrent libres (2); mais l'Etat, représentant des vieilles mœurs, résista à la réforme (3) (nullité, exhérédation, avantages au profit d'un des enfants) (4).

8. — **Droits sur les biens.** — Pendant longtemps, la persistance de la communauté familiale s'opposa à ce que le fils qui vivait avec son père eut des biens à lui; encore au treizième siècle, il acquiert pour son père, quoiqu'il soit majeur (5). Celui-ci n'a cependant que l'administration et la jouissance des propres recueillis par l'enfant dans la succession de sa mère ou de ses parents maternels (bail ou garde, continuation de communauté) (6). Avec la désorganisation de la communauté familiale,

113. Interdiction de déshériter la fille qui n'est tombée dans l'inconduite qu'après vingt-cinq ans. Normandie : Navarre, 24, 6. Marnier, p. 181. Ci-après, Mariage avenant. — Sur les dots excessives, cf Edit de Roussillon, 1563, 17.

(1) Montesquieu n'admet pas l'obligation pour les parents d'établir leurs enfants; en les élevant, ils auraient rempli tous leurs devoirs. — Chaisemartin, 61.

(2) Ci-dessus, p. 27, t. II.

(3) *Joslice*, 19, 49, 2 (p. 323) : infamie. Cf. p. 104. Dig., 3, 2. 1. Navarre, 24, 7. — Stobbe, § 253. Brünneck, p. 49 (Sicile).

(4) **Vœux.** Pothier, *Personnes*, 130. Ayrault composa à cette occasion son traité de la puissance paternelle adressé « à René Ayrault, son fils, soy disant jésuite », qui était entré dans cet ordre contrairement à sa volonté. — Sur l'opposition entre le droit canon et la législation civile, cf. L'Eglise, t. I. — **X**, 3, 31, 8. Trente, 25, 18. Thomassin, 1, 1760. — Ord. 1560, 19; 1579, 28; mars 1768; 17 janv. 1779. Denisart, v° *Vœux*. — Ferrière se refuse à voir là un effet de la puissance paternelle (*Dict. h.* v°)! — Il est à remarquer que pour prononcer des vœux ou s'engager dans l'armée, l'enfant est libéré plus tôt de la puissance paternelle.

(5) Beaum., 12, 45; 21, 20 : il n'a rien dit. *Bord. AC*, 78. *El. de saint Louis*, I, 140. *Parl. aux Bourg.*, 1293 (Simonnet, *Rhdr.*, XIV, 529). *TAC Brel.*, 209. Desm., 236, 248. *Gr. Coul.*, 2, 40 (p. 370) : legs ou don non causé. Cf. p. 109, 263. Boutillier, I, 103. Vitry, 100. Auv., Bourb., Berry, Reims, Hainaut, cf. Dumées, *Dr. français en Flandre*, 1753, 7. — Cf. *Joslice*, VII, 6, 7; XII, 3, 1 (formule romaine de règles coutumières). *L. d. droiz*, 805, 756, 532, etc. — Action d'injures appartenant au fils. Toulouse, *de minor.*, 2. Bourbon, 169. Lille, XIII, 3. Quant aux autres délits, le père a eu longtemps droit à des dommages-intérêts. Kraut, I, 329-362. Le *Mir. de Saxe*, I, 10, montre le père donnant une sorte de pécule à son fils. Heusler, II, 442.

(6) *Sal. cap. extravag.*, 8 : *res uxoris* ou dot : jusqu'à ce que les fils *parvuli* aient atteint l'*aetas perfecta*, c'est au père à en *judicare* (pas vendre ou

on reconnut que les biens acquis par l'enfant, de quelque façon que ce fût (donations, legs, gains personnels, etc.) (1), lui appartenaient en propre ; même soumis à la puissance paternelle, il eut son patrimoine distinct (2). Le père et la mère en avaient l'administration (3), à raison de leur droit de garde, mais la jouissance n'appartenait qu'au gardien noble et bourgeois, et encore pas sans restrictions (4). Cette jouissance avait donc quelque chose d'exceptionnel ; en principe, le droit coutumier ne donnait pas d'**usufruit légal** au père (5). Au contraire, la puissance paternelle des pays de droit écrit valait au père (et non à la mère), sans compter la propriété des biens acquis par le fils *ex re patris* (6), l'usufruit des autres (7), à l'exception des gains réa-

donner). Cela donne à supposer que la majorité émancipe l'enfant. Il agit en son nom personnel et ne le représente pas. Bord., 78. — Pollock, II, 437 : le père est *tenant by the law of England ;* mais dans les procès relatifs à ces fonds, il lui faut l'assistance de son fils. Il y a même des cas où la garde appartient au seigneur. Bracton, f. 138, 43, 253. — Heusler, II, 443 : usufruit du père, *Kindergut soll weder wachsen noch schwinden. Sachsensp.*, I, 11. Ci-après, Tutelle.

(1) Sauf ce qu'il acquiert, *ex re patris*, ce qu'il gagne par son industrie dans la maison paternelle. Metz, I, 4, 12. G. Coquille, *Quest.*, 65. Desmares, 36, 248 : donations au fils sont censées faites au père et à la mère, sauf clause spéciale d'affectation au fils.

(2) *F. de Béarn*, 277 ; de Morlaas, 179. Bout., I, 75. *L. d. droiz*. 142, 556, 756. *TAC Brel.*, 209. *Gr. C. de F.*, 2, 30. Poitou, 321. Bourb., 174 Hainaut, 32, 9. — Les romanistes distinguent, en Italie et en Allemagne : le pécule adventice régulier (dont le père a l'administration et la jouissance) et irrégulier (dont il n'a que l'administration), le pécule profectice, le pécule castrans et quasi-castrans (en comprenant parmi les *milites*, les clercs, *milites Dei*, les avocats et docteurs, *milites inermes*, *militiae litteratae*). Fitting, *op. cit.*, p. 476. Stobbe, § 254. *Siete Part.*, IV, 17, 5 et suiv.

(3) *TAC. Brel.*, 77, 204. On peut dire alors que le fils est représenté par son père. *Jostice*, 59. *L. d. droiz*, 224, 589.

(4) Ci-après, Tutelle, Bail. Cep. Imbert, *Enchirid.*, p. 162, considère cet usufruit comme fréquent. Chasseneuz, 870. Berry, I, 22 (cesse à 18 ans).

(5) Ce fait est corrélatif à l'établissement d'une majorité émancipatrice et s'explique par les mêmes raisons. Cf. Glasson, 7, 181. Par exception, l'usufruit existe dans certaines coutumes. *L. d. droiz*, 142. Bord., 83, etc. Cf. Bourges. *AC*, I, 5, etc. Sur l'usufruit des conquêts de communauté, ci-après, Rég. de biens entre époux. Dr. anglais définitif : le père a droit seulement au produit du travail des enfants qui vivent avec lui et qu'il entretient ; il est administrateur comptable des autres biens. Ci-contre, Tutelle. Ferrière, v° *Administrateur*, Pothier, n° 82. Duranton, *Rhdr.*, IV. 147. Stobbe, § 255, 2.

(6) Navarre, 24, 1. Il en est de même, d'ailleurs, en droit coutumier.

(7) Détails sur cet usufruit dans Serres, *Inst.*, 2, 4, 9. Henrys, *op.* et *loc. cit.*, etc. Il porte sur les biens des enfants *non émancipés*, n'appartient

lisés dans les emplois de la guerre, de la magistrature ou du barreau, de l'Eglise (pécule castr. ou q. castr.), par rapport auxquels le fils de famille était censé *pater* (1).

9. — **Capacité de l'enfant en puissance.** — L'incapacité absolue d'autrefois, suite de l'unité de personne et de patrimoine, eut de la peine à disparaître ; on la retrouve encore dans certaines sources du treizième siècle (2). En général, cependant, elle n'existe plus. On a dû s'écarter des vieux principes, d'abord, dans certains cas pratiques analogues à ces affaires du ménage pour lesquelles on s'était vu dans la nécessité de reconnaître la capacité de la femme mariée ; les textes allemands le montrent payant valablement son écot à table d'hôte, jouant *quantum secum in parata pecunia habuerit*, ce qui *sub suo cingulo continetur*, mettant en gage ses habits jusqu'à sa chemise, s'obligeant jusqu'à concurrence de faibles sommes. D'après les Assises de Jérusalem, le père ou la mère de l'écolier sont tenus de payer « ce que il a enprunte por son vivre ou por son maistre paier (3). » Bien plus, on va jusqu'à admettre que, dans le for intérieur, toutes les obligations du fils de famille sont valables (4). Cette capacité limitée dut s'accroître en raison des droits de propriété reconnus au fils de famille et par contagion de l'émancipation. A la fin du treizième siècle, on n'est pas éloigné de l'idée que l'enfant en puissance jouit de la pleine capacité civile, dès qu'il

pas à la mère, ne cesse pas par suite des secondes noces (Cf. Cod. Théod., 8, 18, 3 et Cod. Just., 6, 60, 4. *Wis.*, 4, 2, 13). Le père peut laisser les enfants jouir de leurs biens, mais la renonciation n'est pas opposable aux créanciers. — Stobbe, § 255, 3. Salvioli, § 200. La jouissance légale du C. civ., 384, a-t-elle son origine dans cette institution des pays de droit écrit ou dans les règles coutumières? Cf. ci-après, Garde.

(1) Fitting, *Peculium castrense*, 1871.

(2) *Berner Handf.*, 1218, 49 : *quidquid promiserit aut expenderit vel ei commissum fuerit sine patris conscientia et voluntate, nec pater, nec filius tenentur hoc solvere vel alicui super hoc respondere.* Le père ne répond pas des dettes de son fils; le fils lui-même n'est pas tenu de les payer sur les biens dont il hérite après la mort de ses parents. Le père a le droit de réclamer ce dont le fils a disposé au profit des tiers. Stobbe, § 256. *TAC. Bret.*, 84, 175. *De usib. Andeg.*, 14 : le fils emprunte sans le congé des parents; ceux-ci ne sont pas tenus après sa mort, s'il n'a pas de propriété. Beaum., 15, 31. — Cf. *L. Pap. Roth.*, 170; *Liut.*, 58 (actes du fils non opposables au père).

(3) Ass. de J., *C. des B.*, 218. *Siete Part.*, IV, 17, 12 : *si ad scholas vel alibi causa morandi, mittitur filius, potest ob maleficia vel debita, sine patris consensu agere et defendere.*

(4) Beaum., 12, 35. Cf. ci-après, Serment promissoire.

est majeur (1). Mais sa condition ne change guère pour cela tant qu'il n'a pas de biens personnels ou que ceux qu'il a sont soumis à la jouissance de son père : l'autorisation de celui-ci donne seule une valeur pratique à ses engagements, car, en autorisant, le père s'oblige, contrairement aux règles romaines (2). — Mineur, il a droit au bénéfice de restitution, même s'il a été autorisé ; il est à peu près dans la situation du mineur en tutelle (3). — Quoique acceptée en général (4), la capacité du fils majeur ne cessa pas d'être discutée à propos du droit de tester (5) ; sur ce point, le conflit entre l'ancien et le nouveau droit n'avait pas reçu de solution, peut-être à cause de la défaveur dont était frappé le testament (6). — En pays de droit écrit, le fils de famille ne peut pas tester (sauf sur ses biens castrenses), mais il est libre de disposer par donation *mortis causa* avec le consentement de son père. On a déjà vu qu'il était capable de s'obliger, de cautionner par exemple, mais non d'emprunter de l'argent par application du Sénatusconsulte Macédonien (7). — La responsabilité du père à raison des délits du

(1) Beaum., *ibid.* : le fils majeur peut faire annuler l'acte qui lui nuit, mais seulement, semble-t-il, en prétextant la crainte révérentielle. *Jostice*, p. 80, 98 (le fils actionne son père; plus d'unité de personne). — Sur l'influence romaine en Allemagne, Stobbe, *loc. cit.*

(2) Bord., 79, 80, 115 : présence du père; une autorisation écrite ne suffit pas. Heusler, II, 448. Cf., sur la responsabilité du père, Bergerac, 130. Limoges, 82. Bourb., 168. Berry, I, 10, 11. Dans le Reg. de l'Offic. de Cerisy, on trouve de nombreux exemples d'amende gagée *cum auctoritate patris*, n° 7. Basset, 2, 4, 10, 4.

(3) Ci-après, Tutelle. Cf. dr. anglais, Pollock, II, 443.

(4) Ainsi le fils majeur peut ester en justice. Cf. Pollock, II, 438. Sur le *demurrer of the parol*, cf. ci-après, Tutelle. — *TAC. Bret.*, 67 : le majeur en puissance ne peut avoir de garde qu'avec l'autorisation de son père. Cf. *Jostice*, 59. *L. d. droiz*, 224, 589.

(5) Grande confusion dans les Coutumes. Fréquemment le testament n'est valable qu'avec le consentement du père. *TAC. Bret.*, 220. Saint-Omer, 27. Bourgogne, etc. En Flandre, le fils ne peut pas tester. Gand, 21. Courtray, 13, 13. Il peut tester des biens acquis par son industrie. Hainaut, 32, 1. Berry, 18 Lorraine, IV, 5. Capacité sans restriction. Poitou, 276. Angoumois, 119. Labourt, 11. L'âge pour tester varie avec les Coutumes (20, 18, 16 ans, etc.). En Normandie, 414, la quotité disponible varie avec l'âge. C. civ., 904. Guyot, v° *Testament*.

(6) Le testament autorisé par le père est valable, si l'on y joint la clause qu'il vaudra, au moins, comme donation *mortis causa* (*secùs*, Bordeaux), si c'est pour cause pie qu'il est fait, enfin, même sans ce consentement, quand il partage ses biens entre ses enfants. Serres, 11, 12.

(7) Le **Sc. Macédonien** s'applique dans tout le Midi (depuis quand? *L.*

fils persiste encore au treizième siècle, parce qu'elle est corrélative au droit de correction et que le fils n'a pas de biens personnels (1) ; mais par la suite, elle ne se justifie plus ; malgré des controverses et des distinctions qui attestent la ténacité des vieilles règles, le principe prévaut, en pays de droit écrit comme en pays de coutumes, que *pour autruy délit on n'est pas tenu* (sauf quant aux conséquences civiles) (2).

10. — **Droit de la mère** (3). — Si l'on en croit Beaumanoir, 21, 20, la puissance paternelle appartenait en commun au père et à la mère : *père et mère ont lor enfants en lor garde ou en lor mainburnie* (4). Du vivant du père, la mère avait-elle donc quelque part dans l'exercice de ce droit? Bien peu, certes, puisqu'elle se trouvait elle-même sous la puissance maritale. L'éducation

rom. Wis. Paul, 2, 10). Bretonnier, v° *Fils de famille*. Argou, 3, 31. Beaut.-Beaupré, *C. d'Anjou*, II, n° 576. Limoges, 82. *Siete Part.*, 5, 4 — Au contraire, en pays de coutume, le sénatus-consulte n'est pas reçu. Ferrière, *Inst.*, II, 259. Serres, p. 477. Cf. cep. *Jostice*, VII, 6, 7. *L. d. droiz*, 306. Beaune, p. 541. Papon, 12, 4. Merlin, v° *Macédonien*. Bouhier, 16, 2. — Dr. allemand, Stobbe, 256, II, 3. — Italie : beaucoup de statuts ne lui permettent de s'obliger qu'avec le consentement de son père. Pertile, III, 379. — Sur la renonciation au Macédonien, cf. Meynial, *NRH*, 1901. 262 (bibl.) : la Glose (Dig., 14, 6, 11; *L. Feud.*, 2, 54, 3) annule la renonciation, même sous serment (Dumoulin, s. Cod., 4, 28), car le sénatus-consulte a été rendu en haine des créanciers et non en faveur du fils de famille; certains canonistes sont d'avis opposé (Imola, etc.). Cf. Bartole, 56 *pr.*, *de fidej.*, n° 10.

(1) Beaum., 21, 20. Amiens, 42 (1205). *Part. aux Bourg.*, p. 106. Saint-Dizier, 16. *Jostice*, p. 98. Grimm, *Weist.*, V. 503, etc. *Mir. de Souabe*, I, 183. Bret., *TAC*, 175; *AC*, 615 (D'Argentré, s. 611). Beautemps-Beaupré, *Liger*, 513. Eu, 169. Le père avait donc à payer l'amende au fisc, les réparations civiles à la partie lésée; il n'était exempt que de la peine corporelle. *Gr. C. de Fr.*, p. 385. Pertile, III, 378. Kraut, I, 335. — Agen, 22. Laroque-Timbaud, 14, etc.

(2) Boutillier, II, 29. **X**, 5, 23, 2 (Alexandre III, 1159-1181) : le père n'est pas responsable. Berry, I, 12. Bourbon., 169. Gand, 21, 9, etc. La jurisprudence penche pour cette solution là où les Coutumes sont muettes. Beaune, p. 544. C'est aussi celle des pays de droit écrit, l'abandon noxal ayant disparu. Coutumes suisses : *pater non tenetur de facto filii, si notuerit. Stat. de Rome*, II, 80. — Pothier, *Oblig.*, 454. Brillon, v° *Père*. Boucheul, *ibid.*

(3) Mertian de Müller, *op. cit.* (p. 1080). Du Plessis, p. 168. Viollet, p. 508. Sur la garde ou la tutelle de la mère, ci-apres. Catellan, 4, 8 : *Deus est in utroque parentum.*

(4) Expression plus exacte en fait qu'en droit. Elle s'explique par la participation de la mère à l'éducation des enfants, par son rôle d'auxiliaire et de suppléant du mari. Bout., I, 100. Châlons, 2. Vitry, 70, 100, etc. *Mülhaus. Stat.* (1692), IV, 31, 1. Loysel, 177. Pothier, *Pers.*, I, 6, 2. Fleury, I, 225. Cf. Salis, 152. Du Plessis, 550. Schulte, § 172 (autorité maternelle). Heusler, II, 433. *Stat. de Rome*, 1580, II, 78.

des enfants lui incombait (1), mais sous la surveillance du mari (2). L'Edit de 1556 montre que son consentement était requis pour le mariage des enfants ; mais en cas de désaccord entre elle et le père, la volonté du père l'emportait. A la mort du père (3), s'il est absent ou malade (4), le droit coutumier donne à la mère une garde très voisine de la tutelle, avec moins de droits que ceux qui restent au père survivant, car celui-ci conserve, en principe, tous les attributs de la puissance paternelle. S'il y a séparation de corps, les tribunaux décident auquel des deux époux l'autorité doit appartenir (5). — Dans les pays de droit écrit, la mère occupe légalement une situation un peu plus effacée, à raison du principe que la *patria potestas* ne saurait lui être attribuée ; c'est ainsi qu'elle n'a pas l'usufruit légal des biens adventices. Mais les mœurs lui donnent un peu de ce que la loi lui refuse (6) et, d'après la loi elle-même, le mineur tombe sous la tutelle légitime de sa mère (ou de son aïeule) au décès de son père. — Ainsi, contrairement à l'ancien droit, la mère devient partout l'auxiliaire du père dans son rôle de chef de famille.

11. — **Emancipation** (7). — En *pays de droit écrit*, l'affranchissement de la puissance paternelle ne peut résulter, en principe, que d'une *émancipation expresse :* déclaration devant le juge ou acte notarié (au moins dans le ressort du Parlement de Toulouse) (8). A côté de cette institution romaine prit place, en

(1) Droit de corriger l'enfant en bas-âge. Dig., 43, 30, 3, 5. *Wis.*, 4, 5, 1. — Cf. dr. anglais, Lehr. p. 118 : la puissance paternelle est réservée au père.

(2) S'il veut leur faire donner une éducation immorale, la mère a le droit d'agir en justice pour l'en empêcher. — En cas de séparation de corps : Ass. de Jérus., *C. des B.*, 177. Bout., II. 8. Bernard, p. 293, cite le procès célèbre de Catherine Arnaud contre Isaac Le Maistre, son mari, qui avait embrassé le protestantisme et lui réclamait ses enfants.

(3) Beaum., 21, 9. Cette garde cesse par décision judiciaire, à la requête des parents. Cas, Procédure, *ibid.*, 21, 17. *Et. de saint Louis*, éd. Viollet, I, 154; III, 137. — Mort de la mère, Montargis, 7, 3. Ci-contre, p. 123, 2.

(4) Pothier, *Pers.*, n. 134. Stobbe, § 252.

(5) Denisart, v° *Education*.

(6) De Ribbe, *op. cit.*, II, 135 (En 1541, le paysan provençal Raubin : *laysso ma molher Margarido donna e maitressa de la persona de nos enfans e de nos bens tant qu'ela viura, sans faire inventari*). Cf *Petrus*, I, 3.

(7) *Encicl. giur. ital.*, *h. v°* Lattes, p. 179. *Acad. lég. Toulouse*, I, 52. *Rhdr.*, 14, 529. Stobbe, *Beitr.*, 1865. Néron, table, *h. v°*. Isambert, *id.* Guyot, *id.*

(8) Guibert, *La famille limous.*, p. 23. A Limoges, le 12 juin 1792, Pierre

beaucoup de lieux, une *émancipation tacite* résultant du mariage (1), de la vie séparée pendant dix ans, de l'élévation aux plus hautes dignités de robe ou d'épée ou à l'épiscopat, de la mort civile du père (2). L'émancipation expresse en différait en ce qu'elle était volontaire de la part de l'enfant comme de la part du père ; le fils ne pouvait pas être émancipé malgré lui (3) et, d'un autre côté, il n'avait aucun moyen de contraindre son père à l'émanciper (sauf exception) (4). — Aux lois romaines, le **droit coutumier** emprunta, au quatorzième siècle, l'émancipation expresse devant l'autorité publique, telle que la décrit par exemple Boutillier (5), et l'émancipation par lettres du prince.

Chapoulaud, curé de Bazoches en Gâtinais, est émancipé, à l'âge de quarante-sept ans, en présence du juge; il se met à genoux et, les mains jointes, prie son père de l'émanciper; celui-ci déclare y consentir et le relève. Viollet, *op. cit.* De Ribbe, *Les familles et la soc.*, I, 245. Pertile, III, 384 : le père qui abuse de son pouvoir pour mal gérer ses biens peut être forcé d'émanciper son fils; l'émancipation n'est permise qu'à un certain âge, vingt ans à Milan, dix-huit à Novare, etc.; usage d'assigner des biens au fils émancipé, Milan, 1216, 17; publicité donnée à l'émancipation, *Siete Part.*, IV, 18. L'inceste fait perdre la puissance paternelle. Le père qui émancipe son fils garde la moitié de l'usufruit des biens adventices. Du Cange, v° *Emancipatio.* Ragueau, *id.*

(1) Provinces de droit écrit du ressort du Parl. de Paris. Argou, I, 25. Henrys, II, 715.

(2) Montpellier, 53 Navarre, 24, 8 (coseigneurie). Boutaric, *Inst.*, 1, 12, 6. Dunod, *Prescr.*, 185. Henrys, *Œuvres*, II, 722; III, 452. Bonhier, I, 361. Julien, *Elém.*, I, 8. En Provence, *habilitation* donnant seulement le droit d'administrer. Toulouse, 3, 4 (mariage avec donation ou dot). — Jusqu'à vingt-cinq ans, l'émancipé est assisté d'un curateur pour l'aliénation de ses immeubles. — Italie : l'émancipation résulte de la profession religieuse, de la prêtrise, du métier militaire, du commerce, de l'investiture d'un fief ou d'une fonction publique. Pertile, III, 382. *Siete Part.*, IV, 18. Sur les fonctions, cf. Nov. 81. Cod. Just., 12, 3, 5; 8, 46, 1.

(3) Henrys, t. II, q. 127, n. 36. *Siete Part.*, IV, 18, 17. — Cf. dr. romain, où l'émancipation dépend uniquement de la volonté du père.

(4) Nov., 89, c. 11. Boer., *Dec.* Pouvoir d'appréciation des tribunaux. Julien, *Stat. de Provence*, t. I, p. 202. Déchéance du père qui encourt des peines. *Siete Part.*, IV, 18, 18 (cruauté du père envers ses fils, prostitution des filles, etc.); 18. 19 (révocation de l'émancipation pour ingratitude). Hostiensis, p. 320.

(5) I, 100. Cf. Beaum., 21, 21 : intervention de la justice ou des parents, quand le survivant des époux met ses enfants *entour soi*, afin d'éviter qu'il ne les dépouille. Usage de joindre une donation à l'émancipation. Simounet, *Rhdr.*, 533. Salis, p. 181. Ci-après, p. 12, t. II, 1. La justice s'assure qu'il n'y a pas de fraudes. Beaum., 21, 20. C'était d'autant plus nécessaire que le consentement de l'enfant ne fut point requis d'abord; certaines coutumes permettent de l'émanciper en son absence. Orl., 185. Reims, 6. Sedan, 5, etc. *TAC. Bret.*, 79, 204. — On arrivait ainsi par voie coutumière à l'éman-

Mais anciennement, le seul genre d'émancipation connu était la *mise hors de pain et pot*, la **foris familiatio** des enfants majeurs (1); elle avait lieu, sans participation du juge (2), par cela seul que l'enfant avait un établissement séparé, un foyer distinct, au vu et au su du père : *feu et lieu font mancipation* (3). Un simple changement de résidence ne suffisait pas pour émanciper: l'étudiant qui s'éloigne de sa famille pour suivre les cours d'une Université n'échappe point à la puissance paternelle (4). L'assignation au *foris familiatus* d'une part de l'avoir familial n'est pas indispensable, quoiqu'elle soit fréquente et qu'elle constitue comme une compensation pour la perte de la jouissance des biens des parents (5); en effet, le jeune homme que ses parents envoient servir hors de la maison paternelle et qui doit son indépendance à son travail, est émancipé, tout comme celui qui reçoit une part des biens de son père (6). La

cipation judiciaire, en dehors de l'influence romaine. Faite par devant le juge, le notaire ou les autorités municipales (échevins à Lille, *Roisin*, des ravestissements; maire à Provins, *BCh.*, 1856, p. 193), elle était tantôt envisagée comme l'œuvre des parties, tantôt comme celle du juge; tantôt le juge se bornait à l'enregistrer et à lui donner l'authenticité, tantôt son rôle était plus actif, il émancipait l'enfant. Salis, p. 187 (actes du Châtelet de 1326-1396). En Bourgogne, au quatorzième siècle, on reproduit la *Summa* de Rolandinus. Bouhier, I, 491. Beaune, 551.

(1) Ragueau, v^is^ *Pain, Emancipez*. Loysel, 56. Du Cange, v° *Foris familiare*. Viollet, *Et. de saint Louis*, I, 130. Heusler, II, 438. Salis, *op. cit.* Droit allemand : *Absonderung*, émancip. *per separatam œconomiam, emancipatio saxonica* (XVI^e^ s., oppos. à l'émancip. romaine).

(2) Sauf en quelques lieux (ci-dessus). Ferrière, *h. v°*. *Parl. aux Bourg.*, p. 164. — Remise d'un morceau de pain et exhérédation. Simonnet, *l. c.*

(3) Opposition fréquente entre les enfants qui sont *ou pain de père et de mère* et les enfants *mis hors de leur pain* par le père et la mère ou l'un d'eux, si le père est mort. Amiens, 42, etc. On dit encore : enfant *en celle*. Ragueau, *h. v°*. Loysel, 101. — Quelques coutumes veulent que l'établissement séparé ait duré un an et un jour; la jurisprudence exige parfois dix ans. Cod. Just., 8, 47, 1. Du Plessis, *op. cit.*

(4) Ass. de Jérus., *C. d. B.*, 215, 218. *Parl. aux B.*, p. 164. Varin, *Arch. lég. de Reims*, I, 1, 39. Le droit primitif ne dut point admettre, comme on le fit avec le temps, que l'émancipé pouvait habiter avec son père.

(5) Beaum., 21, 20 (partage sans fraude). Certains textes donnent à l'enfant qui s'éloigne avec le consentement de son père, le droit à une dot. Estaires, 75 (*Mém. Soc. sc. Lille*, 1855). Sans dot, la vie indépendante n'est pas possible. Viollet, 221; *Et. de saint Louis*, I, 119; II, 26. Beaum., 14, 13; 14, 29; 21, 4, 20. *Jost.*, p. 236. Picardie, I, 9, 3. Saint-Dizier, 236. *BCh.*, 1874, p. 412. Le fils ou la fille qui s'éloigne contre le gré des parents est exhérédé *ipso facto*. *Wis.*, 3, 2, 8. Narbonne, 1232 (D. Vaissette, III, 208). Amiens, IX, 2 (Marnier); 52 (A. Thierry). Ci-après, Partage, Rapport.

(6) Beaum., 21, 20. Cf. cep. Glanville, 7, 3. Saint-Sever, 8, 1, 8. Reims, 7.

foris familiatio pouvait être imposée à l'enfant à titre de peine ou parce que ses parents étaient trop pauvres, parce qu'ils voulaient se soustraire à la responsabilité de ses délits (1); mais il arrivait aussi que l'enfant s'éloignait contre la volonté de son père : il se mettait lui-même *hors de pain* (2).

L'établissement séparé résulte, pour les filles, du **mariage;** aussi sont-elles émancipées par là de la puissance paternelle, ce qui est d'autant plus nécessaire qu'elles changent de famille (3). Pour les fils, le mariage n'implique pas toujours la fondation d'un foyer à part; l'émancipation n'en est donc pas la conséquence forcée. On finit pourtant par arriver à la règle : *tout mariage émancipe*, qu'il s'agisse du fils ou de la fille (4). La chevalerie du fils eut le même effet que le mariage (5).

Sedan, 6. Loysel, I, 1, 39. Bergerac, 130. Chartres, 103 : la mère meurt; les enfants sont émancipés par là même, parce qu'ils sont censés avoir de quoi vivre. — Heusler, II, 438 : *accepta portione substantie fit extra potestatem patris.* Selon ce savant, ce qui fait l'émancipation est moins l'établissement séparé que l'assignation d'une part dans les biens du père. Cf. Grimm, *Weist.*, III, 104, 14 : le seigneur succède à l'émancipé et non le père.

(1) Beaum., *loc. cit.*

(2) Controv. Labourt, IX, 18. Soule, 24, 22. Barèges, 16. Bret., *TAC*, 204. *Mir. de Souabe*, I, 183, 159 (le fils peut exiger d'être émancipé à partir de 20 ans). — *Secùs*, Du Plessis, p. 483. Cf. Bout., I, 100. Viollet, *Et. de saint Louis*, I, 130, 170; III, 300. Pasquier, *Inst.*, p. 378. *Mir. de Souabe*, I, 191. *Sachsensp.*, I, 11, 13. Brünneck, p. 63 (Sicile). Bret., *TAC*, 204 : le père ne peut émanciper son fils contre sa volonté; le fils majeur peut requérir son émancipation. Bourg., 6, 3. Angoum., 120. Saintonge, 2. Reims, 7. Limoges, 50 : le fils ne peut quitter son père sans autorisation (cf. *patria pot.* romaine). Salis, *op. cit.*

(3) Loysel, 122. Chaisemartin, 69. Masuer, 14, 17 : *mortuo viro, uxor non recidit in patris potestate* (*Secùs.* Capit. 819). D'Argentré, s. Bret., 472. Nivern., 23, 1. Cf. cep. J. Faure, *Inst.* de Sc. Tert., 3 : la puissance maritale n'exclut pas la puissance paternelle. Montpellier, 54. *L. d. droiz*, 643, 526. Anjou, 1411, art. 350; 1463, art. 400. Lapeyrère, s. Bord. : nécessité d'une émancipation judiciaire pour tester. Bord., *AC*, 62 : en 1539, jugement que la fille mariée peut tester au préjudice de son père.

(4) *Jostice*, 10, 23, 3 : mariage tost-il bail? Nesnil en home et en feme, oïl. Dumoulin ne l'admet pas, s. Bourb., 166 (cf. s. Blois. 1). Les enfants mariés sont émancipés *quando datur eis habitatio seorsim, secus si et quandiu retinentur in domo paterna.* La Salle de Lille, 1567, 13. 1. Chimay, 6, 1. Beaut.-Beauprè, F, 1197 (Anjou). Angoum., 120. Poitou, 317, 318. *TAC. Bret.*, 81, 204. Bout., I, 100. Chaisemartin, 69. Cf. *Jost.*, 1, 10, 8 (Dig., 7, 7, 36). *Gr. C. de Fr.*, II, 29. Desm., 236. Varin, *op. cit.*, 487, 3. Marnier, Amiens, p. 138. Brünneck, p. 62. Montp., 58 F. de Cuenca, 14, 10 (*Wis.*, 4, 2, 13. *Form. Wis.*, 34).

(5) *Et. de saint Louis*, I, 21 (droit au tiers de la terre du père). Ord. de Jean II, 5 (Bretagne). *L. d. droiz*, 422.

Majorité émancipatrice. — Dans le dernier état de la législation, l'émancipation résulte de plein droit de la simple majorité; ce qui se comprend sans peine, car celle-ci coïncide, d'habitude, avec l'établissement séparé et elle fait cesser la tutelle (1). C'est ce qu'admet déjà le vieux Coutumier de Champagne : *trois choses partent hommes de pooté, aages, mariagee, feux et leux*. Mais au seizième siècle, la règle nouvelle n'était pas encore généralisée, comme il suit d'un passage de Loysel, 177 (2). — L'émancipé par l'âge est investi de la pleine capacité : il devient *chef d'hostel* (3); dans les autres cas, sa capacité est limitée, au moins au seizième siècle, quant à l'aliénation des immeubles.

12. — Le **droit révolutionnaire** (4) s'inspirant des conceptions philosophiques du dix-huitième siècle (5), alla plus loin dans la voie où s'était engagée l'ancienne jurisprudence; il restreignit la puissance paternelle, sorte de royauté domestique, image, semblait-il, du despotisme monarchique, et ne fut pas éloigné d'envisager le père comme un simple délégué de l'Etat (6). — Unifiant la législation, la loi du 28 août 1792 abolit

(1) Angleterre : dès le treizième siècle, l'âge émancipe. Bracton, f. 6. — Au contr. en France, Beaum., 21, 20 : *li enfant qui sont en le mainburnie le père et la mère n'ont riens, soit qu'ils aient aage ou non aage*. Cf. 12, 35. *Ord.*, II, 63; III, 24. Actes d'émancipation en 1396 (Salis, p. 170). *De us. Andegav.*, 14. Reims, 6, 7. Bout., I, 100. Simonnet, *Rhdr.*, p. 189. — Cas où le fils a des biens propres; à sa majorité, il en prend naturellement l'administration.

(2) Coutumes qui exigent toujours l'établissement séparé ou l'émancipation expresse ou une demande en justice. Bret., 528. Poitou, 312. Bourg., 6, 5, 7. Hainaut, 110. Lille, 4, 2, etc Flandre, la prêtrise émancipe. Deghewiet, p. 65. — Kraut, II, 590. — Italie : émancipation par dix-huit à vingt ans, moyennant publicité. Salvioli, p. 360. Brünneck, p. 62.

(3) Bergerac, 82 : il garde le droit de correction sur ses enfants émancipés. *Secùs*, droit coutumier général d'après lequel il ne subsiste que l'obligation alimentaire. Ferrière, v° *Em.* Loysel, 59. — Les mœurs laissent souvent au père de famille la souveraineté du foyer domestique. Cf. Chateaubriand, *Mém. d'outre-tombe*. Ci-dessus, p. 114, n. 3, t. II.

(4) Sagnac, *La législ. civile de la Révol. fr.*, p. 367. Du Plessis, p. 571. — Cf. Nougarède, *Essai s. la puiss. pat.* Chr. de Poly, *Puiss. pat.*, 1820. Chardon, *Traité des trois puissances*.

(5) Sur les mœurs du dix-huitième siècle, cf. Taine, *Anc. Rég.*, 174. C'est une opinion commune parmi les philosophes que les enfants ne sont liés au père que tant qu'ils ont besoin de lui pour se conserver; passé ce temps, les parents n'ont pas à leur donner des ordres. Cf. *Encyclopédie, Rousseau, Locke, Kant*, etc.

(6) En 1793, Robespierre proposa d'enlever les enfants à leurs parents à

la *patria potestas* sur les majeurs, encore en vigueur dans les pays de droit écrit (1). Le consentement des parents au mariage de leurs enfants ne fut requis que jusqu'à vingt et un ans (2). L'exhérédation disparut (3) et la quotité disponible ayant été réduite à fort peu de chose, le père de famille se trouva dépourvu de tout moyen d'agir sur ses enfants en disposant de ses biens. Enfin, le droit de correction fut subordonné, dans son attribut le plus grave, à l'approbation d'un tribunal de famille (4), composé de six ou huit parents (et à défaut, amis) (5); la loi du 16-24 août 1790, qui l'instituait, et qu'appuya Mirabeau, limitait à un an la durée de l'emprisonnement prononcé par ce tribunal contre les mineurs sur la demande de leur père ; encore le président du tribunal de district avait-il la faculté de refuser d'homologuer cette peine, après avoir entendu le commissaire du roi. L'exercice de la puissance paternelle fut confié comme il l'était déjà en droit coutumier, non plus au père seul (6), mais *au père et à la mère*, c'est-à-dire au père d'abord, et, à défaut, à la mère, mais non à tous les deux en même temps, ce qui est impraticable (7).

En somme, les tendances individualistes triomphent avec le droit révolutionnaire. La puissance paternelle aussi bien que l'autorité maritale reçoivent de graves atteintes ; la magistrature domestique du père de famille ne s'exerce plus, dans

sept ou huit ans pour les élever en commun et préparer ainsi des champions des idées nouvelles. Déc. 29 frim. an II (écoles du 1er degré, gratuites et obligatoires).

(1) Lamoignon la demandait déjà, *Arr.*, I, 7.

(2) Un conseil de famille composé de deux parents héritiers, de deux autres non héritiers et de l'officier public, doit être consulté par l'enfant qui a perdu ses parents. Déc. 7 sept. 1793.

(3) Déc. 9 fruct. an II (23 q.). Duvergier, 7, 318.

(4) Singulier anachronisme : la solidarité familiale n'existait pour ainsi dire plus. Beaucoup de législations modernes plus pratiques ont organisé des pouvoirs supérieurs aux parents et chargés de les assister pour les actes les plus importants : la puissance paternelle se rapproche ainsi davantage de la tutelle.

(5) Déc. 16-24 août 1790, 10, 15. Duverg., I, 372. Ce tribunal ou conseil de famille existe déjà dans l'ancien droit. Cf., par exemple, Décl. fév. 1743, art. 12. Voy. aussi Merlin, *Rép.* v° *Arbitrage* (Statuts de Provence de 1469 et 1491). Ord. août 1560; Moulins, 83; janv. 1629, 152. Guichard, *Tribunal de famille*.

(6) Le D. 20 sept. 1792 ne parle que du père pour le consentement au mariage.

(7) Cf. cep. C. civ. : adoption.

l'étroit domaine où on la confine, que sous la surveillance de l'autorité publique. L'État, a-t-on dit, essaye de se constituer le père de famille universel. Il serait plus exact de dire qu'il l'était déjà à moitié et qu'il acheva de le devenir. Peut-être était-on arrivé trop brusquement au dernier terme d'une évolution préparée depuis de longs siècles. Dès l'an VIII, on songe « à restituer à l'autorité paternelle le légitime empire qu'elle n'aurait jamais dû perdre (1). » Le Code civil réalisa ce projet, si bien que dans le droit actuel et surtout dans les mœurs qui retiennent plus longtemps l'empreinte du passé, les droits du père, même sur les enfants majeurs, n'ont pas tout à fait disparu (par exemple majorité matrimoniale) (2); il n'en est pas de même chez les Anglo-Saxons, où l'indépendance des enfants par rapport à la famille s'affirme beaucoup plus énergiquement (3).

§ 11. — *Des enfants illégitimes* (4).

1. — **Droit germanique.** — Le déshonneur qui s'est si long-

(1) Projet Jacqueminot, Fenet, I, 331. Cf. Discussion du C. civ.

(2) L'école de Le Play réclame la restauration de la puissance paternelle et croit que le meilleur moyen de refaire l'ancienne famille est de consacrer dans nos lois la liberté de tester. Mais la liberté de tester changerait-elle nos mœurs? Pour être sûrs qu'elle produirait en France les mêmes effets qu'en Angleterre, il faudrait commencer par nous donner le tempérament anglo-saxon. Aux prétendus avantages qu'elle avait en Provence, d'après de Ribbe, II, 359, on a opposé un passage de La Bruyère. *Caract.*, XIV. De Curzon, *Le gouvern. familial* (*Ann. d'Econ. soc.*, 1877. Nourrisson, *Et. s. la puiss. pat.*, 1898. Planteau du Maroussem, *op. cit.* Taudière, *Tr. de la puiss. pat.*, 1898).

(3) Starcke, *La famille*, ch. IV. Boistel, *Le dr. dans la famille*, 1864. Remarquons pourtant que si le père a peu de droits sur la personne, il en a beaucoup sur les biens (liberté de tester en Angleterre). Droit comparé. *Bull. de la Soc. de lég. comp.*, 1889. Résumé dans Taudière, *in f.* Pascaud, *R. gén.*, 1891, 1892.

(4) Bibliographie. — (Dr. romain : Gide, *Cond. de la femme*, 2e édit., p. 543. — Moyer, *Konkubinat*, 1895. — Girard, *Manuel*, 3e éd.) — Palacotus, *De nothis*, 1655. — Lupus, De Luca, etc. — *Tractatus Illustr. Jct.*, VIII. — Répertoires, Institutes, etc. — Ci-dessus, p. 87, t. II. — Imbert, *Enchirid.*, 103 — Deghewiet, 55. — Britz, 556. — Boulé, *Inst. au dr. cout de Hainaut*, I, 149. — Bacquet, *Œuvres*, II, 145 (1744). — Launay, *Inst.*, 2, 9. — D'Aguesseau, *Œuvres*, VII, 342, 397 (1772). — Pothier, éd. Bug., Table, v° *Bâtards*. — Fournel, *Tr. de la séduction*, 1781. — Meslé, *Minorités*. 1788. — Isambert, Table, *h. v°*.

Kœnigswarter, *Rdr. fr. et étr.*, IX, 469. — Amiable, *Rhdr.*, X, 369. — Mo-

temps attaché à la naissance hors mariage ne paraît pas remonter jusqu'au droit germanique (1); cette législation ne se préoccupait guère de la pureté des mœurs : l'irrégularité de la naissance y comptait pour peu de chose (2), s'il ne s'y joignait pas un autre élément, la bassesse de la condition de la mère (3). Nés hors mariage ou non, les enfants se rattachent au père, pourvu qu'il les accepte (4). D'ordinaire, la condition des enfants naturels variait avec celle de la mère. Ceux qui étaient nés d'une mère ingénue étaient mieux traités que ceux qui

rillot, *ib.*, XII, 149. — Desportes, *Essai hist. s. les enf. nat.*, 1857. — Beaune, *Personnes*, 194, — Viollet, 465, 478 (bibl.) : *Et. de saint Louis*, IV, 72. — Glasson. III, 31; VII, 96. — Cauwès, *Gr. Encycl.* v° *Bâtard*. — Durand, thèse, 1886. — Du Plessis de Grenédan, thèse, p. 289, 524. — Ci-dessus, Concubinat. — Lagrèze, *Navarre fr.*, II, 188 (*barragania*).

Wilda, *Unechte Kinder ZDR*, 1855. — Rive, *ZRG*, 1864. — Maurer, *Münch. Ak.*, 1883 (Scandinaves). — Heffter, *Erbfolg. d. Mantelkinder*, 1836. — Göritz, *Erbfolg. ZDR.*, VII. — Schrœder, 302, 732. — *ZRG.*, 3, 210. — Amira, *Recht.*, 165. — Dahn, *Bausteine*, 6, 164. — Budde, *Rechtslosigkeit*, 48. — Huber, § 139. — Brunner, ZSS, 1897, *GA*, 1. — Ficker, *Untersuch. z. Erbenfolg.*, III, 408, 419. — Pollock et Maitland, II, 394. — Uttley, *Americ. Law Rev.*, 1892, 50. — Todaro, *Dir. d. figli natur.*, 1889. — Lomonaco, *Figl. nat.*, 1888. — Pertile, § 114, 116. — Salvioli, § 185. — Brünneck, 84.

(1) Kochne, *Geschlechtsverb. d. Unfr.*, 1888, p. 11 et 35. Brunner, *op. cit.* Du Plessis de Grenédan, thèse, p. 188, 290. Ci-contre, p. 82, t. II.

(2) L'opinion contraire compte encore des partisans. Amiable, p. 372. Pardessus, 698. Glasson, III, 33. La défaveur dont témoignent certains documents barbares à l'égard des enfants naturels n'a pas son origine dans les mœurs germaniques, où l'on remarque peu de souci d'écarter les bâtards du foyer domestique ou de relever la famille légitime en abaissant la famille naturelle.

(3) Polygamie. Grimm., p. 440. Weinhold, *D. Frauen*², II, 13. Glasson, 3, 6. Mérovingiens. Grég. Tours, 4, 3; 4, 26; 3, 22 et suiv. Fredeg., IV, 60. *Lib. hist. Franc.*, c. 28. La polygamie n'exclut pas le concubinat. Harald Harfagr a en même temps dix femmes et vingt concubines. Kœnigswarter, p. 67. L'ancienne loi islandaise tenait pour non successibles les enfants nés d'exilés, de mendiants, etc. En Danemark, la cohabitation triennale valait à la concubine le rang d'épouse légitime (Dareste, *Etudes*, p. 309); en pareil cas, les enfants devaient être légitimes. Usages orientaux : les enfants des concubines appartiennent à l'épouse légitime (photographies de l'impératrice de Chine tenant dans ses bras des enfants que d'autres ont donnés à son époux. Jacob et les servantes de Lia et de Rachel. Abraham et Agar). — Coutume irlandaise du *Gavelkind* (même droits que les enfants légitimes).

(4) Greg. T., 7, 27 : Gondovald se dit fils naturel de Clotaire. Celui-ci proteste : *hunc ego non generavi*. Brunner, *DRG.*, I, 76. — Cf. Michelet, *Orig.*, p. 12 (coutume galloise de la reconnaissance par le baiser du chef de famille après la mort du père). Dareste, *Etudes*, p. 310 : le père reconnaît son enfant naturel devant le *Ting*. — Sur les pratiques du niyoga et du lévirat, ci-dessus, Famille, lévirat, t. I. Dareste, p. 109.

étaient issus d'un commerce avec une femme de condition inférieure; ces sortes d'unions étaient fréquentes, les lois se bornant, d'ordinaire, à punir les mésalliances des femmes ingénues (1). — A° *Enfants nés d'une femme libre.* Sa situation est équivalente à celle de l'enfant né d'une femme légitime ou, du moins, elle s'en rapproche (2). Il appartient à la famille de son père qui l'a accepté, est sous son *mundium*, a des droits de succession dont la quotité varie suivant les lois (3). Ainsi les fils naturels des Mérovingiens leur succèdent (4) en concours avec les enfants légitimes (5). C'était la règle pour l'ancien droit franc comme pour l'ancien droit scandinave (6). En Lombardie,

(1) Ci-contre, Concubinat. D'un mariage régulier au point de vue de l'Eglise, il pouvait donc naître des bâtards.

(2) Dr. lombard : *naturalis ignobiliter natus* par opp. à *nobilis, fulborn. Roth.*, 61, 154 (Ficker, *Erbenfolge*, II, 237): dr. héréditaire des *filii naturales* inférieur à celui des enfants légitimes (un tiers au plus), 362, 158-160, 161. *Liutp.*, 13. Ces *filii* sont issus de l'union du maître avec son *aldia* ou son affranchie *wirdibora. Roth.*, 222. *Liut.*, 106. Cf. *Roth.*, 156: droit inférieur de l'enfant né d'un homme libre et de l'esclave d'autrui achetée et affranchie. — Dr. anglo-saxon, arg. a *contr.* Ina, 27. Alfred, 8. — Ancien dr. norwégien : enfants nés du mariage, d'une concubine libre (assimilés aux précédents), d'une union clandestine avec une femme libre (*id.* s'ils étaient reconnus par le père), du commerce avec une femme esclave (ils ne sont libres qu'en vertu d'un affranchissement et, en ce cas, leur condition est inférieure à celle des précédents). Cf. Suède, Dareste, *Etudes*, p. 292.

(3) *Roth.*, 154 et suiv. *App. Marculf.*, 47 (rappel à succession). Papien, 37 (un huitième pour la concubine et les enfants). Cod. Théod., 4, 6, 7. *App. Marc.*, 52 (faculté de donner tous ses biens à des bâtards à défaut d'enfants légitimes); *Epit. Julian.*, Nov. 82, 12. Conc. Tribur, 49. P. de Font, p. 490.

(4) Brunner, *op. cit.* Thierry, fils d'une concubine de Clovis, etc. Greg. T., 5, 20; 4, 25, *Vita Balthild.* 2. *Vit. Columban., Ann. Bened.*, II, 17. Sous les Carolingiens, les enfants naturels des rois semblent perdre le droit de succéder au trône. *Div. Imp.*, 806, 817, 831. Cf. cep. Charles Martel. Arnulf, Bernard (fils de Pépin), Guillaume le Bâtard. *Ann. Fuld.*, 885, 889. D. Bouquet, VIII, 45, etc. Stryckius, *De filiis natur. regum*, 1700. — En Norwège, les enfants naturels issus d'une mère libre succèdent au trône comme les fils légitimes jusqu'en 1260, où ceux-ci sont préférés; en 1273, les bâtards sont rejetés après les neveux. — Goths, Vandales, Normands (Guillaume le Conquérant ou le Bâtard).

(5) Rappel à succession des filles nées d'une esclave. *App. Marc.*, 47, des fils issus d'un mariage avec une femme libre, mais sans *libellus dotis*, d'où il suit que les enfants sont *naturales secundum lege*, *ib.* 52. Nov. Major., VI, 9, a, 458. *Berlin. Ahad.*, 1894, 553); de la Nov. de Théodose II, 443 (22, c. 1 et 2, dans la *L. Rom. Wisig.*), on a tiré un moyen de donner des droits de succession aux enfants naturels par testament présenté à la curie, cf. oblation à la curie. Viollet, 396. Thévenin, 35. Brunner, p. 24.

(6) La tradition germanique se continue dans la pratique française posté-

le droit héréditaire des *filii naturales* était, au plus, d'un tiers de la succession (1). De ce vieux droit il subsista pendant très longtemps des privilèges pour les bâtards des princes et des nobles (2). — B° *Enfants nés d'une mère non ingénue* (3). Ils faisaient partie de la domesticité servile comme leur mère (4). L'affranchissement les laissait dans une situation inférieure. Ils ne succédaient ni à leur père, parce que les esclaves ne sauraient succéder, ni à leur mère, parce que celle-ci ne pouvait pas avoir d'héritiers (qu'elle fut esclave ou affranchie, au moins d'après le droit franc). Leur propre succession n'allait point à leurs parents (enfants ou autres), mais à leur *dominus* ou à leur patron ; et lorsque ce patron était le roi, comme quand il s'agissait d'un *denarialis*, c'était le fisc qui le recueillait. On n'est pas loin des règles du droit postérieur : 1° *bâtards ne succèdent pas ;* 2° le roi ou le seigneur succèdent aux bâtards.

2. — Avec les **idées chrétiennes** (5) apparut une conception

ricure, selon laquelle le bâtard se rattache encore à la famille de son père : transmission du nom, des armes, parfois de la noblesse. Artois, 1509, 1544, 144, 201. *Cout. du Bourg de Bruges*, éd. Gilliodts van Severen, III, 271. Comté de Berg., c. 12. Pertile, 3, 341, 13. Houard, *Dict. de la Cout. de Norm.*, I, 160. Loysel, 62 : le bâtard avoué, c'est-à-dire reconnu par son père, est noble; une Ord. de Henri IV, mars 1600, 26, exigera des lettres d'anoblissement. Ainsi l'usage a longtemps résisté à la règle qui lie la noblesse à la légitimité. Lagrèze, *Hist. du dr. d. dans les Pyrénées*, 157; *Navarre fr.* II, 195. *KVJ*, IV, 3e s., 59.

(1) Cf. *Bai,*, 14, 8, 2. — *Sachsens.*, I, 51, 1. Ficker, II, 237.

(2) Pratique française : bâtards du roi sont princes, des princes ou seigneurs supérieurs, gentilshommes. Fils adultérins de Louis XIV, p. 142, t. II. Stryckius, *De lib. natur. regum*, 1700. De Belleval, *Les bâtards de la maison de France*, 1901.

(3) Köhne, *op. cit.* Meynial, p. 38. Du Plessis, p. 293 (bibl.).

(4) Cod. Theod., 14, 7, 1 : *ubi non est aequate conjugium, matrem sequuntur.* Wis. Cod. Théod., 14, 1. Papien, 37, 5. Cod. Théod., 4, 6, 7. *L. Rib.*, 58, 10 : *generatio semper ad inferiora declinetur.* Cf. règle : *servus trahit ad se francum* (*Epistolae conculcatoriæ*). *Cart. Senon.*, 42. Papien, 37, 3. L'enfant d'un homme libre et de l'esclave d'autrui appartenait au maître de celle-ci. Id. en dr. lombard. — Mais l'enfant né d'une union *permanente* (*Form. Sen.*, 42) entre le maître et sa propre esclave, était libre, en règle générale. *Cod. dipl. Langob.*, n° 6. *Roth.*, 156. *Liut.*, 66. *Alam.*, 18, 3. *Fris.*, 6. *Bai.*, 15, 9 : l'enfant de l'*ancilla* n'a dans la succession de son père que ce que lui donnent ses frères *per misericordiam* (Paul, Galat., IV, 30). Greg. T., 5, 20.

(5) Leur influence est déjà très marquée dans les lois du Bas-Empire qui limitent les droits successoraux des enfants naturels. Cod. Théod., IV, 6. A l'époque classique, l'enfant naturel, sans relation avec son père, avait par rapport à sa mère les mêmes droits qu'un enfant légitime. Girard,

nouvelle de l'illégitimité. Pour l'Eglise, tout enfant né hors mariage (1) était illégitime (2); toute union autre que le mariage était un péché (3). Elle punit ce commerce illicite dans la personne des parents et même dans celle des enfants, car ceux-ci venaient au monde avec une tache originelle (*macula bastardiae*). Elle fut dure surtout pour les enfants adultérins, incestueux ou fils de prêtres (issus *ex damnato coïtu*) (4). Le déshonneur ou même l'infamie et ses suites graves, telles que l'incapacité de succéder (5), les atteignait par le seul fait de l'irrégularité de leur naissance (6). Tous les enfants naturels, en principe, furent désormais hors de la famille et, partant, presque hors la loi. Le prince dut les protéger à l'époque franque, et le seigneur féodal qui lui succéda, avec la charge de pourvoir aux besoins des enfants abandonnés, traita fréquemment ceux-ci comme ses serfs, d'autant mieux que la mère était souvent elle-même de condition servile (7); là où on n'allait pas jusque-là, ils n'échap-

p. 180. Tout à coup, avec Constantin, apparaissent les déchéances et les incapacités.

(1) **Terminologie.** A Rome : *liberi naturales*, *spurii*, *vulgo concepti*. — Le terme le plus répandu dans l'Europe occidentale est *bastard* ou *fils de bast*, c'est-à-dire enfant engendré sur un bât, comme on dit en anglais *bankart*, engendré sur un banc; en allemand, *Winkelkind* ou *Hornung*, enfant du coin; variantes évoquant l'idée de naissance irrégulière, de conception hors du lit nuptial. *Wildflügel*, oiseau sauvage (sans famille). *Avoltres*, adultérins. *Sacrileges*, fils de prêtres. *Manceres* (*Siete Partid.*), fils de prostituée, *Bort*, *campi* (Bord., *AC.*). Cf. G. Sand, François le Champi. — Grimm, I, 655. *Hijo de ganancia*, *F. de Nav.*, 4, 4. *Siete Part*, IV, 15, 1. Du Cange, v° *Bastardus*.

(2) Au treizième siècle, compétence exclusive des Cours d'Eglise. *Summa Norm.*, c. 25, Cf. Beaum., 18, 3; 45, 16. **C.**, 35, q. 7, c. 1; **C.**, 32, q. 4, c. 15. Le Reg. de l'Official de Cerisy témoigne du grand nombre des bâtards. De même en Navarre (Lagrèze). Bout., I, 95. *Jost.*, p. 56, 245.

(3) Saint Thomas, *Summa theol.*, 3, *Supp.*, q. 68. Traces de ces idées, notamment dans *Siete Part.*, IV, 13 et 15. Ci-contre, p. 103, 3, t. II.

(4) *L. d. droiz*, n° 770. Par opposition aux enfants nés *ex soluto et soluta*, c'est-à-dire de personnes entre qui le mariage était possible (enfants naturels simples). *Nefarii*, enfants de clercs. — Empêch. au mariage, ci-dessus. — Benecke, *Strafrechtl. Lehre v. Ehebruch*, 1884. *Siete Part.*, VII, 17 et suiv. Lusignoli, *Figli adult. e incest.*, 1890. D'Aguesseau, IV, 398 (éd. 1772).

(5) *Sal.*, 14, 16. *App. Marculf.*, 52, 54. *Capit.*, 7, 473. — Cf. Paul, *Galat.*, 4, 30. Gratien, D., 34. — Freisen, § 74.

(6) Bord., *AC*, 177 : en haine du péché de fornication. *Jost.*, p. 30, 34.

(7) Leur condition se rapproche de celle des serfs et de celle des aubains, sans qu'on puisse les assimiler d'une façon absolue et en tous lieux. — Conc. Tolède, 655, c. 10 : bâtards des prêtres serfs des églises de leurs

paient pas au droit de mainmorte (1) et on ne les admettait pas à succéder à leur mère, sauf dans quelques Coutumes où l'on suivait la règle : *Nul n'est bâtard de par sa mère* (2). On les rapprochait des aubains, qui étaient aussi *hors lignage*, qui n'avaient pas d'attache dans le pays (3). Entre autres incapacités dont ils étaient atteints et qui persistèrent parfois très longtemps, figuraient celles de recevoir des bénéfices ecclésiastiques (4), d'exercer des fonctions publiques (5), d'être juges, parfois même témoins (6), d'acquérir des fiefs (7). Du temps de Beaumanoir,

pères. Bourg., *AC*, 19. Bourb., 194. Bout., I, 95. Droits de chevage, suite, formariage, Bacquet, *Dr. d'aubaine*, I, 4. Laon, 7. Reims. 338. Louet, 2, 1, 1. Ragueau, v° *Bastard*. Loysel, 42. Mainmorte, *Et. de saint Louis*, I, 101. *Olim*, I, 668, 846, 913. Bord., *AC*, 77. Bourg., *AC*, 198, 199, 58 (Giraud, II, 302). Vuitry, *Etudes*, I, p. 297. Brussel, p. 955. Stobbe, *D. Privatr.*, § 47, 3 (en certains lieux, mêmes charges que les serfs).

(1) Selon Beaumanoir, le bâtard ne suit ni la condition de son père ni celle de sa mère. Cf. 45, 76, 35 : *bastars ne pot estre tenus por sers, porce qu'il est hors de lignage* (*plet* de ceux qui s'efforçaient de prouver qu'ils étaient bâtards *pour eux ôter de servitude* dont ils étaient poursuivis de par leurs mères, et quoique cette cause ne fût pas courtoise, elle leur valait la liberté). Desmares, 240 : *Tous bastards sont francs.* De même en Angleterre, le bâtard est un homme libre. Littleton, 188 (*filius nullius*). Pollock et M., II, 394 (Guillaume le Bâtard?).

(2) *Sachsensp.*, I, 51. Bout., I, 95. Chaisemartin, 66. Là où cette maxime est reçue, l'enfant naturel fait partie de sa famille maternelle; il est un étranger pour son père (Franconie, Colmar, Cologne, etc.). Pays-Bas et Belgique, voy. Kœnigswarter, p. 43 (et bibl.). On discutait cependant pour savoir s'il succédait à ses parents maternels aussi bien qu'à sa mère. Dans la Hollande méridionale, l'enfant adultérin ou incestueux succède à sa mère. Cf. De Mauroy, *La noblesse maternelle*, 1882. Riston, *id.*, 1878. Ficker, III, 437.

(3) Dans les *Olim*, il est question souvent de l'*expectatio albenorum et bastardorum*. Table, v° *Bastardi*.

(4) X, *de fil. presbyt. c. ut fil.* (Poitiers, 1078). Trente, sess. 25, c. 15. *Mém. du clergé*, 12, 697. — Parfois on ne les admet pas au doctorat. *Siete Part.*, IV, 15, 3.

(5) *Jost.*, 34, 36 (nullité d'élection). Pithou, *Lib. d'Eglise gall.*, 21. D'Aguesseau constate que le point est controversé (Ordonnances muettes). A Rome, les *spurii* eux-mêmes étaient aptes aux fonctions publiques. En Allemagne, un recès de la Diète de l'Empire dut ordonner que l'on ne s'enquerrait plus de la légalité ou de l'illégalité de la naissance pour l'admission aux professions ou métiers. Landr. prussien, II, 2, 662. Cod. autrich., 1, 3, 161.

(6) Beaum., 39, 22; 40, 37; 63, 2 (non admis au duel judiciaire contre personnes de condition différente). *Jostice*, p. 30, 34, 74, 81, 177. Stobbe, § 47, 3. *Vetus auctor de benef.*, 1, 4. En Allemagne, lieux où le bâtard est *rechtlos*. Heusler, I, 193. Kœnigswarter, p. 48. — *F. de Nav.*, 4, 4, 11. *Jost.*, 177.

(7) *L. Feud.*, 2, 26, 10. Milan, 1216, 29; 1541, II, 62. Struve, *Jurispr. he-*

leur admission dans les hôpitaux fait doute (1), et on trouve comme un écho de cette répulsion dans les règles singulières de quelques Etats allemands d'après lesquelles, au dix-huitième siècle, leurs cadavres devaient servir aux dissections anatomiques (2). L'Eglise ne favorisa les bâtards qu'en deux sens : 1° en formulant la règle que tout enfant naturel (3) a droit à des aliments de la part de son père et de sa mère : 2° en facilitant leur légitimation. Indirectement, elle vint à leur aide en obligeant le séducteur à épouser la fille séduite ou à la doter (action *duc vel dota*) (4).

3. — Le **droit de l'époque monarchique** releva la condition des bâtards comme il avait amélioré celle des serfs et des aubains. La plupart des anciennes incapacités disparurent. Le droit seigneurial de bâtardise se transforma en droit domanial (5): par là même, son abolition devenait plus facile. Il

roica, IV, 530. *Et. de saint Louis*, I, 89. Loysel, 60. Bourg. *AC*, 20, etc. *Sachsensp. Landr.*, III, 54, 3. Pertile, 3, 388, 10 (Candie). — Laurière dit même (s. Loysel, 60) qu'il leur était interdit d'acquérir des terres, fiefs, censives ou alleux (arg. *a contr.* d'un acte de 1329 qui y autorise deux bâtards). La *Summa Norm.*, 35, 6, leur reconnaît le droit d'acquérir sauf par succession.

(1) 46, 4 : il les compare aux aubains.

(2) Hesse, Brunswick, Stobbe, § 17, 3. Anciennement, en certains lieux, on est allé jusqu'à leur refuser la sépulture religieuse.

(3) Même adultérin ou incestueux. **X**, 4, 17, 10; 4, 7, 5. Cf. cep. *Jostice*, p. 212, § 11, *in f.* — Montpellier, 1205, 13 : jusqu'à trois ans. Cf. dr. canon en matière de filiation légitime : *Mater alit puerum trinum trinoque minorem; majorem vero pascere patris erit* (Fausse interprétation de Cod. Just., 8, 47, 9). Alais, 20. *L. d. droiz*, 851. Boutaric, *Inst.*, 1, 10, 12. D'Agues-seau, 34e plaid. Loysel, 1, 1, 41 : quelques Coutumes disent qu'un bâtard, depuis qu'il est né, est entendu hors de pain; mais on juge que qui fait l'enfant doit le nourrir. Lehr, p. 122. D'Olive, *Quest.*, II, p. 160 (éd. 1638). Pantani, *De alim.*, 2, 9.

(4) Exode, XXII, 16. Deutéron., XXII, 28. **X**, 16, 1. Britz, p. 557. Dr. commun allemand. *Id.* Coutumes méridionales, par exemple Lézat, art. 32. Montcuq, 11. Ci-contre, p. 36, 6, t. II.

(5) Dès le quatorzième siècle au moins. — Les bâtards s'avouent hommes du roi. Cf. *Et. de saint Louis*, 2, 31. *Olim.*, I, 495, 15 : *omnes bastardi sunt regis* (d'après la Cout. de Bourges). Cf. *Olim.*, II, 456. *Ordinacio* de 1301 sur les mainmortes, aubains et bâtards. Les gens du roi et les seigneurs se les disputent. Ragueau, *h. v°*. Bord., *AC*, 77. *Gr. Cout.*, 1, 3, p. 103 : *au roy appartient la succession de tous bastards*. Isambert, I, 574; IV, 520. VII, 156. — Sauf aux seigneurs justiciers à les réclamer, dans l'opinion commune, si les bâtards sont nés dans leurs terres, y demeurent et y trépassent. Loysel, 65. Bout., 1, 95, 103. — Angleterre : droit régalien à toute époque.

maintint cependant le principe que les bâtards n'avaient pas de famille : *nec genus nec gentem habent* (1). Et de libres esprits, comme Montesquieu, justifiaient alors l'infériorité des bâtards par l'intérêt qu'a la société au respect du mariage. Le droit aux aliments reconnu aux enfants naturels leur permettait de rechercher leur père aussi bien que leur mère.

4. — La **condition des bâtards** se résume, en définitive, dans quelques débris de leurs anciennes incapacités et dans l'idée qu'ils n'ont pas de famille, pas même de famille maternelle (2), que, par conséquent, ils ne sont pas soumis à la puissance paternelle (3), mais seulement à une tutelle, ils n'héritent pas de la noblesse de leur père (4). — 1° La succession du bâtard appartient au roi (5) et, par exception au seigneur (6)

(1) Principe contraire aux règles qui persistent dans la haute noblesse allemande : transmission du nom du père, puissance paternelle, apanage. Brunner, p. 10. Ci-contre, p. 129, 6; 130; 134, 4.

(2) Il prend le nom de celui de ses auteurs vis-à-vis duquel sa filiation est établie; de son père, s'il a été reconnu par les deux. Denisart, v° *Quest. d'état.*

(3) Il est *hors de pain;* il n'a pas besoin, pour se marier, du consentement de ses parents. Loysel, 1, 1, 41. Roisin, p. 83. A quinze ans, il peut aliéner ses biens, tandis que les enfants légitimes n'avaient point cette capacité (Laur.). Bret., *TAC*, 266, 267. *AC*, 452; *NC*, 478. *Jostice*, p. 81 : le bâtard ne peut pas citer sa mère en justice. La garde des enfants illégitimes était confiée par les tribunaux tantôt à leur père, tantôt à leur mère, tantôt à des tiers. Ci-après, Tutelle.

(4) Ci-dessus, Epoque féodale. La Noblesse, t. I. En fait, les bâtards des simples gentilshommes sont roturiers, ceux des seigneurs supérieurs nobles, mais d'un degré inférieur. Guy Coquille, s. Niv., 17, 26. Ord. 1629, 197. La barre apposée à leurs armes n'était point tout d'abord une marque de bâtardise, mais un simple moyen de distinguer les puinés du chef de la maison. Cf. aussi, ci-contre, n. 1.

(5) Ci-contre, *Et. de saint Louis*, I, 101. Desm., 239-242. Bourg, *AC*, 198. Bord., *AC*, 77. Bacquet, I, 174. Pothier, t. IX, p. 46 (éd. Bug.). — Obligation pour le roi ou les seigneurs d'entretenir les enfants trouvés, mais obligation à laquelle ils s'efforcent de se soustraire. Arr. Parl. Paris, 1547, 1552. Edit juin 1670. Règl. 21 juil. 1670 (enf. trouvés). L. 27 frim. an V (hospices). Ci-dessus, p. 106, n. 3, t. II.

(6) A quel titre le roi ou le seigneur recueillent-ils la succession du bâtard ? A raison du *mundium* qu'ils exerçaient autrefois sur lui et qui remplaçait la protection familiale. Beaumanoir, 45, 35, y voit un bien vacant. Glanville, 7, 16. Bout., I, 95 (p. 540) : le seigneur ne paye pas les dettes du bâtard. Beaum., *loc. cit.*, ne parle que des meubles : *ce qui demeure, son testament paié, demore au segneur en qui tere li bien sunt trouvé, come coze espave, tant soit ce qu'il eust père ou mère, sereurs ou frères.* Bret., *TAC*, 270. *Et. de saint Louis*, I, 102, 103 (IV, 78); II, 31. Boutaric, *Inst.*, I, 10, 12. Dans les Pays-Bas, le droit de bâtardise (*havescot*) fut abrogé de bonne heure. Kœnigswarter, p. 46 (a. 1289, 1296, etc.)

(*dr. de bâtardise, de formorture*, etc.), à défaut d'hoirs de son corps (1). 2° Le bâtard ne peut tester (sauf de 5 sols *pro remedio animae*) (2); règle très logique dans l'ancien système, difficile à justifier à l'époque monarchique ; dès le treizième siècle, elle est limitée ; au seizième, Dumoulin constate qu'elle est abandonnée à peu près partout (3). 3° Bâtards ne succèdent point (*ab intestat*) (4). 4° Ils ne peuvent pas recevoir par donation ou par testament (5). Cependant, comme ils ont droit à des aliments (6), il est permis à leurs parents de leur faire des libéralités à titre particulier (7). Ces diverses règles sont com-

(1) *Secùs Mir. de Souabe*, c. 47 : *Cil qui nest de leaul mariage ne peut avoir leaul enfant. Et se il ha un enfant, cil est bastar.* Saint-Pol, 2, 27.

(2) Loysel, 60. Bout., p. 543. Laon, *AC*, 6. Bret., 480 (adultérins). Bourb., 184. Clermont, 153. *Et. de saint Louis*, I, 97 : le bâtard peut aumôner de ses meubles. Desm., 24. Glanville, 7, 16 (*id.*).

(3) Ce qui était logique du moment où le bâtard n'était pas serf. Loysel, 60. Dumoulin, s. Lille, 29. Orl., 301, 311. Bourges. 7. Bret., 451. Cf. Bord., *AC*, 77. Beaum. 45, 35. Desm., 24. Arr. 1279, 1327. Bynkershœk, *Quaest. jur. prov*., 3, 11. Kœnigswarter, p. 47 (Brabant : dès 1247). — Restrictions diverses à cette capacité : meubles seulement ou quotité limitée, Anjou, 345; Maine, 355; Poitou, 399; Hainaut, 85, etc.; nés *ex soluto et soluta*. Bret., 479, 480.

(4) A leurs parents, mais ils succéderaient à leurs enfants légitimes. Sal., 14, 16 (enf. incestueux). *TAC. Norm.*, 75; *Summa*, 24. *Mir. de Souabe*, 47. Beaum., 18, 19. Desmares, 239. Bout., 1, 95. Loysel, 1, 1, 45, — Coutumes qui donnent à l'enfant naturel le droit de succéder à sa mère : *Nul n'est bâtard de par sa mère*. Flandre, Pays-Bas, Saint-Omer, Tournay. etc. Bout., I, 95. Bouthors, *Cout. du baill. d'Amiens*, p 505. Van der Marck, *Inst. jur. civ. reip. Omland.*, 1761, c. II, § 149 (*Secùs*, Liège, Louvain, etc.). Michelet, *Orig.*, p. 67. Huber, IV, p. 532. Naples, Carol. de Rosa, *ad cons. Neap.*, 1677. — Ass. de Jérus., *C. de B.*, c. 60 (dr. de succéder au père si les parents légitimes y consentent). — Pays de droit écrit (sauf Grenoble) : pas de succession à la mère. Bretonnier s. Henrys, 6, 3. 1. Salvaing, 56, 66. — Le droit commun allemand avait adopté le système des Novelles de Justinien. Cf. cep. Schulte, p. 517. — Loysel, 440. De ce que les bâtards ne succèdent pas, il suit qu'ils ne sont pas reçus à exercer le retrait lignager.

(5) Paris, 310. Orl , 310. Norm., 275. Bret., 450, etc.

(6) Beaum., 18, 20 : s'il n'y a pas d'enfants légitimes, même quotité disponible pour le bâtard et l'étranger ; au cas contraire, il n'a droit qu'à sa soutenance. Alais, 20. Bret., 475. *Secùs*, *Mir. de Souabe*. Ass. de Jérus., *C. de B.*, 178 : le père ne peut rien donner au bâtard sans le consentement des enfants légitimes ou de ses père et mère; si ceux-ci n'existent pas, il peut lui donner tout. — *Summa Norm.*, 35, 2 et 3. Ils n'ont pas de légitime, Bacquet, I, 159.

(7) *Sic*, Dumoulin, s. 13, Lille (legs particuliers non excessifs). Loysel, 61 : legs d'aliments seulement, ce qui persista pour les adultérins et incestueux. La jurisprudence est encore mal fixée au dix-septième siècle. Merlin,

munes aux pays de droit écrit et aux pays de Coutumes (1).

5. — **Preuve de la filiation naturelle** (2). — La filiation naturelle s'établit : *a*) par la reconnaissance volontaire ou l'aveu des parents (3), tantôt exprès (4), tantôt tacite (en cas de possession d'état seulement) (5); *b*) par la constatation en justice de la maternité ou de la paternité. La **recherche de la paternité**, difficile à concevoir pour le très ancien droit (6), fut permise dans l'intérêt de l'enfant, des filles mères qui le gardaient, et, en Bretagne (7), dans l'intérêt des paroisses tenues de subvenir à ses besoins (8), quand les parents n'étaient pas connus : *Qui fait l'enfant le doit nourrir* (9). Comment s'organisa cette responsabilité du père (10)? — A° Sur sa seule déclaration, une

v° *Bastard*, 4, 6. Anjou, Maine : dons entre vifs seulement; Poitou, Bretagne : en usufruit. En général, les bâtards sont capables de recevoir des libéralités des tiers (*secùs*, Melun). Bacquet, I, 150. Huber, IV, 538. Bugnyon, *Lois abrog.*, I, 51.

(1) Bacquet, I, 149.

(2) Fournel, *op. cit.* Allard, *Pr. de la fil. hors m*, 1858. Héan, *Paternité et fil.*, 1868. Baret*, *Preuve de la fil. nat.*, 1872. Millet, *La séduction*, 1876. Berge, *R. gén. de dr.*, 1878, 417. Giraud, *R. crit. de l.*, 1884, 590. Amiable, *Pr. de la pat. hors m.*, 1885. Rivet, *Rech. de la pat.*, 1890. *R. cath. des inst.*, I, 568; II, 69; XXII, 296. *Arch. giur.*, 24, 162; 25, 385. *Réforme soc.*, 1897, t. 33 (Gigot). Giacobone, *Dir. d. donna sedotta*, 1891. Viollet, p. 478 (bibl.). Esmein, *Mariage*, II, 38.

(3) Des reconnaissances d'enfants naturels rapprochons les déclarations de grossesse et d'accouchement imposées aux filles mères par l'Edit de fév. 1566; on veut qu'il y ait des témoins à l'accouchement; la preuve de la maternité en résultait donc.

(4) En justice ou par acte extrajudiciaire (sous seing privé ou authentique, acte de baptême). Un aveu verbal aurait probablement suffi. Sur l'aveu de la mère, cf. Beaum., 18, 3. *Olim.*, III, 1494 (C. d'Alais). — *TAC. Norm.*, 75.

(5) Enfant né *ex concubina domo retenta*. Bacquet, 1, 1, 2. Guyot, v° *Aliments*.

(6) Ordalies, duel. Roth, 164. Grimm, p. 463. Ex. de Gondovald. Kœnigswarter, p. 63. *F. de Navarre*, 4, 4, 1. Mais cf. ci-dessus, Droits du père. — *Vaterschaftsklage* en Suisse, à la fin du quinzième siècle. Huber, IV, 535.

(7) Poullain du Parc, VIII, 166.

(8) Dr. anglais : les paroisses qui ont peu de ressources et auxquelles la charge des pauvres est imposée sous Elisabeth, se voient obligées d'exercer des recours contre les parents. *Rhdr.*, 12, 527. Kœnigswarter, p. 48. Lehr, p. 123. Glasson. V, 476. — En France, les monastères et les hospices recueillent les enfants abandonnés; aussi la charge des paroisses est-elle moins lourde.

(9) Les idées erronées qui ont eu cours pendant longtemps sur ce point et qu'on trouvera exposées par exemple dans Demolombe, ont été réfutées par Baret, *op. cit.*

(10) Loysel, 59. **X**, *de spons.*, 1.

femme ou fille enceinte obtenait de l'auteur de sa grossesse une provision alimentaire pour l'enfant, des frais de gésine pour elle : *creditur virgini parturienti, asserenti se praegnantem esse ex aliquo* (1). L'usage de ces déclarations dérive peut-être de la preuve par serment (2). L'Ordonnance de février 1556, dans le but d'empêcher des suppressions de part, prescrivit des déclarations de grossesse et d'accouchement, de la part de la mère, mais sans y rattacher des obligations pour le père (3). — B° L'attribution des **frais de gésine** avait un caractère tout provisoire : il n'en résultait aucun préjugé pour la question de paternité (4); celle-ci faisait l'objet d'une instance distincte où la mère cher-

(1) Favre, *Cod.*, 4, 14, 18. Favre exige un serment et n'applique pas la règle à la femme de mauvaise vie; il n'admet pas non plus la déclaration à l'encontre d'un homme marié. Fournel ne connaît pas ces restrictions. (Mais Favre ne considère-t-il pas cette maxime comme décidant au fond la question de paternité ?) On s'en tenait à cette simple déclaration, parce que les frais de gésine ne souffrent pas de retardement.

(2) A Neufchâtel, *Geniessverhör* ou déclaration faite par la femme dans les douleurs de l'enfantement, à un moment où elle est exposée dans sa pensée à comparaître devant Dieu et où elle risque son salut en ne disant pas la vérité (cf. Jugement de Dieu). Ex. cité par D. La Tour, p. 59 : Le sieur justicier Coffrane ayant informé M. le recteur de Valengin qu'une fille était en travail d'enfant illégitime, mondit sieur le justicier se transporta auprès de cette fille avec le greffier et grand sautier dans l'objet de recevoir sa déclaration en paternité, où étant arrivé à 5 h. 1/2 du soir et l'ayant trouvée dans son lit en travail d'enfant illégitime, dans cet état elle a été sommée par mondit sieur justicier de donner gloire à Dieu et à la vérité et de déclarer en rondeur de conscience, sans faire tort à personne, de qui elle a conçu l'enfant, avec telles circonstances qui y ont rapport. Sur quoi elle a dit qu'il a été conçu des faits et œuvres de N... Après cette déclaration, la délégation s'est retirée pour un moment, environ les 7 heures du soir. Le juge ayant été appelé par la sage-femme présente, il s'est de nouveau rendu auprès de la fille; elle a persisté dans ses déclarations .. Ensuite il a demandé à cette fille si elle a eu commerce charnel avec d'autres hommes. Réponse : Que non. A quelle époque N... a-t-il commencé à la connaître. R. : A la saison où l'on cueille les noisettes. Si le séducteur lui a promis le mariage ? — Que oui. — Si elle a eu compagnie plusieurs fois ? — Que oui.

(3) L'Ord. ne fut pas trop obéi, à ce qu'il paraît, quoique quelques juges en prissent prétexte pour faire visiter les filles soupçonnées d'être grosses. Décl. 25 fév. 1788. Isamb., 13, 471; 20, 527; 27, 472. Arrêts récents qui les mentionnent. Cass., 1er déc. 1869. D., 70, 1, 97. Planiol, *Dr. civil*, 1, 717. — A la rigueur, le père aurait pu ne pas être nommé (arr. de Rennes, 28 mars 1637 : mais en fait, il semble l'avoir été toujours. Duval, *Cahiers de la Marche*, 116. Bonnabelle, *Mognéville*, p. 15 (cit. par Viollet, p. 469). Fournel, *Table*, v° *Forme de la déclar.*

(4) Fournel, p. 104. Papon, *Rec. d'arrêts*, 18, 1; 22, 13. Arrêt de 1572. Jurisprudence très ancienne, dit Fournel.

chait à établir des relations (1) (fréquentations) entre elle et l'homme auquel elle imputait sa grossesse (cohabitation (2), marques de familiarité, écrits), et celui-ci se défendait en démontrant son inconduite (*exceptio plurium constupratorum* (3) Le procès était-il gagné par la femme ou l'enfant, ce dernier avait le droit d'exiger des aliments du père que la justice lui reconnaissait (4) ; la fille séduite obtenait elle-même des dommages-intérêts sous prétexte que le mariage était censé lui avoir été promis (5).

6. — **Droit révolutionnaire** (6). — La pratique que nous venons de décrire passe pour avoir donné lieu aux débats les plus scandaleux et aux jugements les plus arbitraires. Dans les travaux préparatoires du Code civil, Bigot-Préameneu résume les critiques dont elle avait été l'objet (7) dans cette phrase prudhommesque : « L'homme dont les cheveux avaient blanchi

(1) Critique de l'op. contr. dans Baret, p. 39. — Suisse, Angleterre : preuve de la paternité par le serment de la mère. Huber, IV, 536.

(2) Bacquet, *Dr. de bâtardise*, I, 1, 2. Ci-dessus, p. 23, 83, t. II.

(3) Systèmes particuliers au sujet de la preuve, cf. Baret, p. 21 : a° la déclaration de la femme est une preuve de paternité; b° c'est une semi-preuve; c° elle fait preuve, mais seulement pour le choix entre plusieurs hommes convaincus de l'avoir fréquentée ; d° condamnation de tous les hommes qui fréquentent la femme lors de la conception. Poullain du Parc, *Principes du dr. fr.*, VIII, 110, 166. Anc. Denisart, v° *Grossesse*. Huber, IV, 536. *Add.* opinion d'après laquelle on se prononce d'après la ressemblance physique. — Pendant longtemps, la servante devenue enceinte dans la maison du maître fut réputée grosse de ses œuvres ; mais la jurisprudence du dix huitième siècle abandonne cette présomption. Fournel, p. 131. Guyot, v° *Fornication*.

(4) Coquille, *Quest.*, 29. Denisart, v° *Bâtard*, 30 et suiv. Entretien et éducation, dot modique, apprentissage d'un art. Chardon, *Tr. des trois puissances*, n° 12: Arr. 18 juin 1607 obligeant un riche bourgeois à faire donner à ses fils naturels un métier plus relevé.

(5) Fournel, p. 5. — *Secùs*, opinion commune qui voit dans la séduction un délit. — Historiquement, cette dernière opinion est plus exacte, car l'action en déclaration de paternité qui peut être formée par le père ou le tuteur de la fille apparaît comme une transformation du droit des parents contre le ravisseur de leur fille (époque franque. Ci-contre). Mais Fournel exprime le point de vue moderne (cf jurisprudence actuelle qui accorde des dommages-intérêts aux filles séduites). Sur les théories actuelles (délit, parenté), cf. Dupré La Tour, p. 47.

(6) Robiquet, *La Révol. fr.*, 14 juill. 1891. Sagnac, p. 317, 357.

(7) Discours célèbre de Servan en 1770 (à Grenoble). Notons pourtant que ni Fournel ni les écrivains du dix-huitième siècle ne font allusion à ces abus. Il y a plus d'enfants naturels, mais moins d'avortements et d'infanticides dans les pays où l'on admet aujourd'hui la recherche de la paternité.

dans l'exercice de toutes les vertus n'était pas à l'abri des attaques d'une femme impudente (1). » La Révolution mit un terme à ce chantage en n'admettant comme preuve de la paternité naturelle que la reconnaissance volontaire (ou la possession d'état) : toute recherche judiciaire fut interdite (L. 11 brum. an II) (2). Mais par une sorte de compensation, elle améliora la condition des enfants naturels, en leur donnant les mêmes droits de succession qu'aux enfants légitimes (art. 2) (3). C'était aller au rebours de l'Ancien Régime, où les enfants naturels pouvaient aisément retrouver leur père, mais n'y gagnaient que peu de chose, parce qu'ils n'avaient pas de droits de succession. La Révolution leur accorde ces droits (4), seulement elle met à leur obtention des conditions si difficiles à remplir que bien peu parviennent à bénéficier de la réforme. Les déchéances dont les enfants naturels étaient autrefois frappés n'étaient plus considérées comme un châtiment infligé aux enfants pour la faute de leurs parents ; au dix-huitième siècle, on les justifiait par des raisons d'intérêt social ; ainsi l'avocat général Séguier disait, en 1779 : « On a reconnu que le frein le plus fort aux conjonctions illicites était de flétrir les enfants qui en étaient le fruit. » Considérations utilitaires dont le législateur

(1) Fenet, X, 154, 71. — Cf. appréciation de L. Faucher pour l'Angleterre, Glasson, VI, 291 (Lois de 1835, 1872, 1875).

(2) Art. 1, 8, 10, 11, 12, 13. Voy. dans Baret, *op. cit.*, p. 55 et suiv., une analyse de cette législation confuse et de la jurisprudence. — A° Pour avoir des aliments, l'enfant naturel peut prouver sa filiation par tous les moyens en usage autrefois, *sauf la recherche de la paternité*. La *possession d'état* n'est admise que si les parents sont morts. — B° Même règle, pour réclamer des droits de succession si la succession est ouverte du 14 juill. 1789 au 12 brum. an II ; si elle s'ouvre après cette date, renvoi au C. civ. La rétroactivité de la L. de brum. an II fut abolie par le D. du 3 vendém. an IV, puis par la L. du 15 therm. an IV. Cf. D. 26 vend. an IV. On ne distinguait pas entre les enfants naturels simples et les adultérins ou incestueux.

(3) D. 4 juin 1793 : 2 nov. 1793 (ou 12 brum. an II). Sirey, *Code civ. interm.*, Table. v° *Enfants*. Non seulement sur les biens de leurs père et mère, mais sur ceux des collatéraux. Quant aux enfants adultérins et incestueux, on leur reconnut aussi un droit de succession, mais moindre : ils eurent un tiers de la portion d'un enfant légitime. C. civ., 757. — Règles analogues dans la législation de Joseph II. Kœnigswarter, p. 62.

(4) Cambacérès : Les individus ne peuvent être victimes des fautes de leur père. L'exhérédation est la peine des grands crimes ; l'enfant qui naît en a-t-il commis ? Et si le mariage est une institution précieuse, son empire ne peut s'étendre jusqu'à la destruction de l'homme et des droits des citoyens.

de la Révolution ne tint pas compte, parce qu'il s'attachait de préférence aux théories du droit naturel et aux idées humanitaires si répandues à ce moment ; la légitimité de la naissance parut conférer des privilèges aussi peu justifiés que ceux de la noblesse ; on voulut les abolir et donner à l'enfant naturel, dont les préjugés religieux et aristocratiques avaient fait une sorte de paria de la famille, les mêmes droits qu'à ses frères ; — exempt de toute faute, il sembla inique de le punir. — Les motifs politiques prévalurent, au contraire, lors de la rédaction du Code civil ; on sacrifia les enfants naturels en vue de favoriser le mariage : la recherche de la paternité fut prohibée comme sous la Révolution (art. 340) (1) : en même temps, les droits des enfants naturels furent presque aussi limités que dans l'ancienne jurisprudence. Cette combinaison assez inhumaine, où l'on n'a fait de place qu'aux rigueurs du droit intermédiaire, n'est pas le dernier mot de la législation. Depuis plus de trente ans de vives critiques lui ont été adressées (2) et il s'en faut de beaucoup que le système du Code civil ait pénétré dans la plupart des législations étrangères ; celles-ci en sont restées, d'ordinaire, à la règle d'autrefois qui permettait la recherche de la paternité (3).

7. — La **légitimation** (4), longtemps inconnue du droit romain, dut son origine aux idées chrétiennes : du jour où on envisagea le concubinat comme une faute, on imagina des moyens de la réparer dans l'intérêt des enfants (5). Constan-

(1) De même, Projet de Code de la Convention, I, 4, 12.

(2) Acollas, *L'enfant né hors mar.*, 1865 ; *Le dr. de l'enfant*, 1885. Jacquier, thèse 1873. Lacointa, *Acad. lég. Toul.*, 23, 316. Thuillié, *La femme*, 1885.

(3) Dupré La Tour, thèse, 1900. De La Grasserie, *Rech. de la pater. natur.*, 1895. Dans le droit actuel, on peut distinguer deux systèmes principaux, le système de la paternité, celui de la maternité, sans compter des régimes mixtes et des variantes. Starcke, *La famille*, p. 249.

(4) Ci-dessus, bibliographie sur le Mariage, la Puissance paternelle. — *Répert.* et *Gloss.*, *h. v°*. — Ant. de Rosellis, *Tract. Ill. Jcl.*, VIII. Guy Coquille, *Questions*, *h. v°*. Bacquet, I, 179. Hauteserre, *De ducibus Galliae*, 1643, 171 (*jus legitimandi*). D'Aguesseau, *Œuvres*, IV, 261 (éd. 1734). Pothier, *Mar.*, n° 409. — Püttmann, *Miscell.*, 1793, p. 15. Schweikart, *De matr. vi in lib. adult. legit.*, 1823. Dieck, *F. Lehre v. d. Legitim.*, 1832. Molitor, *Die Decret. per venerabilen*, 1876. Woltz, *Legitim. per subseq. matrim.*, 1881. Manuels de droit canon, not. Friedberg, § 157. Freisen, *op. cit.*, § 74. Viollet, p. 478 (bibl.), Glasson, VII, 105. Esmein, *Mariage*, II, 40. Du Cange, v° *Legitimatio*.

(5) Girard, *Manuel*, p. 180. — Sur la légitimation par testament, ci-après.

tin et ses successeurs en firent un bénéfice applicable aux seuls *liberi naturales* (issus du concubinat). Ces dispositions passèrent dans le droit canon qui étendit l'institution romaine à tous les enfants illégitimes, à l'exception de ceux dont les parents n'auraient pas pu se marier lors de la conception (1) (incestueux (2), adultérins)(3). Quoiqu'il admette deux sortes de légitimations, il n'y en a qu'une en réalité qui soit dans son esprit, c'est la légitimation par mariage subséquent ; elle s'accomplit encore au treizième siècle, conformément à un rite d'adoption ou analogue à ceux de l'adoption, par la mise des enfants sous le *pallium* dont on couvre les époux lors de la célébration du mariage, selon la liturgie gallicane (4). Longtemps ignorée en France comme dans beaucoup d'autres pays, peut-être parce que le Code Théodosien n'en parlait pas (5), peut-être parce

Brachylogus. Institution d'héritier. Nov. 74, 117. Les *Siete Part.*, IV, 15, admettent plusieurs autres modes de légitimation : oblation à la cour du Roi, testament, charte, mariage.

(1) Cf. Freizen, § 74 et les auteurs cités.

(2) A moins que l'empêchement de parenté ne pût être levé à l'aide de dispenses. Voy. aussi Freisen, *ibid.*

(3) Beaum., 18, 5.

(4) Cf. *flammeum* romain (d'où *nubere*, *nuptiae*). Réponse de Nicolas Ier aux Bulgares. Abbé Duchesne, *Orig. du culte*, p. 413. Beaum., 18, 22. Du Cange, v° *Pallium*. Aoste, 1, 20, 31. Loysel, 58, le mentionne encore. De là le nom de *mantellati* donné à ces enfants. Pollock et M., II, 395. Schrœder, 694. — Amoilleré. Aléauté = légitimé (*Jostice*, p. 36, 209, 212). Schwarz, *De antiquo ritu liberos legitim. per pallium*, 1747. Michelet, *Orig.*, p. 10. Grimm. p. 463 (symboles du soulier, du manteau, etc.). — Cf. pour le dr. barbare : chez les Lombards, déclaration au *thinx* avec le consentement des enfants légitimes. *Roth.*, 155. Ci-après. Ass. de Jér., *C. de B.*, 178. Loysel, 63.

(5) Loysel, 58 et note de Laurière. *L. Rom. Wis.*, 4, 6. Cf. *Roth*, 155. — La Const. de Constantin, Cod. Just., 5, 27, 5, est visée dans Julien, *Epit.*, 32, 3; *Petrus*, I, 41; *Brachyl.*. 1, 9, 14 (légitimation par mariage, par rescrit du prince, par le fait qu'on est institué *ut legitimus heres*. Julien, 82, 10 ; enfin par le fait que la cohabitation avec la mère a duré jusqu'à la mort. Julien, 82, 12). Yves de Chartres, *Dec.*, 31, 32 (Fournier, *Rqh.*, 1898, p. 46 (tir. à part). Le *Mir. de Souabe*, 147, 378, l'admet contrairement à la pratique générale allemande, où elle ne prévalut qu'au seizième siècle. Kœnigswarter, p. 42. — Angleterre : adoption, acte du roi, et enfin exclusivement acte du Parlement. Bracton, 1, 4 : pas de légitimation par mariage subséquent. Glanville, 7, 45. Fleta, 39, 4. Statut de Merton, 1253, c. 9. Marnier, *Etabl. de Norm.*, p. 174. Pollock et M., II, 395. Blacktone, 1, 16. Le mariage subséquent ne produit d'effet à l'egard des enfants nés antérieurement que dans le cas du *bastard eigné* et du *mulier puisné* (l'enfant naturel qui est l'aîné possède toute sa vie l'héritage paternel sans réclamation de la part

qu'elle était en opposition avec l'esprit du droit barbare sur les unions inférieures, elle pénétra dans l'usage grâce à la jurisprudence des tribunaux ecclésiastiques : la Renaissance du droit romain n'y fut point étrangère ; une **Décrétale** d'Alexandre III, 1172-80, **Tanta vis** *est matrimonii* (1), en fit le droit commun de la chrétienté. Selon la législation canonique, qui ne s'appliqua point sans résistance (2), elle devait produire les effets les plus pleins (3) ; elle avait lieu de plein droit, par la vertu du mariage, au besoin malgré les parents et malgré les enfants (4), pourvu que la filiation fût certaine (5).

La **légitimation par rescrit du prince** (lettres du roi) (6)

de son puîné, le *filius mulieratus* ou né d'une femme mariée : après sa mort, ce dernier n'est pas autorisé à agir).

(1) *Ut qui antea sunt geniti post contractum matrimonium legitimi habeantur*, **X**, 4, 17, *Qui filii sint leg.*, 6 (*episcopo Exoniensi*). Cf. *ibid.*, 1. *Jostice*, p. 209. *L. d. droiz*, I, n° 22. Gratien ne paraît pas avoir prévu la question.

(2) Cf. Loysel, 63. Du Plessis, p. 530. *L. Feud.*, II, 26, 10 : exclusion de la succession aux fiefs. *Lib. consuet. imp. Rom.*, c. 105. A Ferrare, ils ne succèdent qu'avec le consentement des agnats. A Rome, ils n'ont que le quart de ce qu'ils auraient eu s'ils avaient été légitimes. *Stat.*, 1, 84. — En Angleterre, les barons résistent aux clercs qui veulent introduire la légitimation par mariage subséquent : *nolumus leges Angliae mutari*, disent-ils (Statut de Merton, 1253, 9. Bracton, *Note Book*, I, 104) ; la vraie raison de leur obstination est dans le préjudice qui résultait pour eux de la diminution du nombre des bâtards; en effet, *the more bastards, the more escheats* (plus il y a de bâtards, plus il y a d'échoites). Grosseteste affirma que l'ancien usage anglais était d'accord avec le droit canon. Pollock et M., II, 395. Glasson, III, 185.

(3) Cependant il ne faudrait pas aller, comme on a voulu le faire, jusqu'à donner au mariage un effet rétroactif au jour de la conception (ou même au jour de la naissance); la fiction d'une sorte de mariage secret qui aurait eu lieu à ce moment est en contradiction avec la solution donnée par Beaumanoir, 18, 24, à propos du droit d'aînesse; les enfants nés d'un mariage antérieur à celui qui légitime l'enfant naturel, ont le droit d'aînesse. Bout., I, 95. Le Brun, *Success.*, I, 500. Argou, I, 80. D'Aguesseau, 7, 438. Boutaric, *Inst.*, I, 10, 13.

(4) **x**, 4, 17, 6. Mais on n'exigeait pas une reconnaissance antérieure, ainsi que le fait le C. civ., 331. — D'après la Décl. 1639, 6, et l'Edit 1697, 8, le mariage *in extremis* ne légitimait pas.

(5) *Braulkinder* (enfants de fiancés) en Suisse : ils sont d'ordinaire légitimés par mariage subséquent; si le mariage n'est pas possible, par exemple par suite de la mort de l'un des fiancés, on les traite comme légitimes. Huber, IV, 538.

(6) Le Pape, l'Empereur, le Roi, les Seigneurs se disputaient le droit de légitimer par lettres. Philippe-Auguste fait légitimer par le pape (Innocent III, 1201) les enfants naturels qu'il avait eus d'Agnès de Méranie (D. Bouquet, 19, 406); Louis XIV légitime lui-même les siens. *Gr. Cout.*, 1, 3 (p. 95) :

avait moins d'effets que la précédente (légitimation *ad honorem*, mais non *ad successionem*) (1) et ne s'appliquait guère que dans les cas où le mariage n'était pas possible (2). La légitimation par mariage subséquent se maintint par voie coutumière sous la Révolution (3) ; il n'en fut pas de même de la légitimation par rescrit du prince, que le changement de constitution abolit implicitement et que le Code civil n'a pas fait revivre (4).

Au roi seul et pour le tout appartient faire et donner légitimation par tout son royaume. Jostice, p. 36. *Ord* , XV, p. 28. Isambert, *Table*, v° *Légitimation*. Bacquet, I, 190. Viollet, p. 475, cite Chaillot, *Priv. du clergé*, 1866, p. 32 (fils de prêtres). Dès la fin du treizième siècle, les lettres de légitimation durent être enregistrées au Parlement et à la Chambre des comptes, ce qui permettait au roi d'enlever tout effet aux légitimations, en dehors des domaines des seigneurs. Les Ord. 1372, 1498, 1697, consacrèrent le droit exclusif du roi (Isamb., V. 372). Loysel, 62. A titre très exceptionnel, dr. de légitimer accordé au duc de Berry, comme lieutenant du roi, 1380. Les canonistes soutenaient que le pape légitimait *ad spiritualia* et, par voie de conséquence, *ad temporalia*. Hostiensis, p. 319. Décrétale *Per venerabilem* (**X**, 4, 17, 13). D. Bouquet, 19, 406. Pithou, *Lib. de l'Eglise gall.*, 21 : le pape ne peut légitimer à l'effet de succéder, mais bien à l'effet d'être pourvus de bénéfices. Sur la jurisprudence antérieure (Parlement vérifiant les bulles des légats avec des réserves au sujet du droit de légitimer, XV^e^, XVI^e^ s.), cf. Viollet, p. 476. Isambert, X, 388. Beaum., 18, 22. Ficker, II, § 256. — Les empereurs déterminent dans leurs rescrits les droits des légitimés. Schilter, *Jus feud. alleman.*, c. 40, § 4. Depuis Charles VI, légitimation par les comtes palatins. *Add.* légitimation par le rescrit des docteurs, en vertu d'une délégation impériale (par ex. Bartole, ci-dessus, p. 216). — Droit flamand, Britz, etc. — *Siete Part.*, IV, 15, 4 : *Papa potest legitimare quoad temporalia, ubi habet temporalem jurisdictionem* (et les auteurs cités en note).

(1) Loysel, 63 (bibl.). *Mir. de Souabe*, 377. Pasquier, *Inst.*, p. 89. Ragueau, v° *Lettres*. Les fils incestueux ou adultérins légitimés par lettres du prince deviennent capables de recevoir des donations à perpétuité de leur père et mère (et non pas seulement des libéralités à titre d'aliments). Le droit de succession appartenait même aux légitimés de cette sorte, en cas de clause expresse et de consentement des proches (ce qui était hors d'usage, disent Pothier et Boutaric, *Inst.*, 1, 10, 13). Ils pouvaient recevoir des legs universels. Le nom et la noblesse du père leur étaient transmis. *Mir. de Souabe*, 47. Droits publics, accès aux fonctions. — Adoption des enfants naturels admise en théorie, mais non appliquée. — Légitimation par devant notaire à Bologne, à Naples. Pertile, § 116.

(2) Ci-dessus, Noblesse féodale, t. I. Ord. d'Henri IV obligeant les bâtards de nobles à se pourvoir de lettres d'anoblissement pour retenir le nom et la noblesse de leur père (mars 1600, art. 26). Isambert, *Table*, v° *Noblesse*. Ces lettres devaient être fondées sur quelques grandes considérations de leurs mérites ou de ceux de leur père.

(3) Merlin, *Rép.*, 17, 15 (acte du 11 flor. an II).

(4) *Secùs*. C. civ. italien, 198.

§ 12. — *L'adoption* (1).

1. — **L'adoption** est une institution archaïque servant au recrutement de la famille; celui qui n'a pas d'enfants se crée une postérité artificielle en adoptant les enfants d'un autre; le culte des ancêtres lui en fait un devoir religieux; il peut y être poussé par l'intérêt des siens et par le sien propre. Le droit germanique a connu cette pratique comme la plupart des législations primitives. Elle s'y réalisait à l'aide de formes diverses : l'adoptant armait l'adopté (2), lui coupait les cheveux, la barbe, ou se contentait de les toucher (3), comme un père l'eût fait à son fils lors de sa majorité; l'adoptant faisait asseoir l'adopté sur son siège, le prenait sur ses genoux (4), parfois l'enveloppait de ses vêtements, dans le but de donner une représentation grossière de la naissance (5). Sous l'influence de la pratique romaine, l'adoption a lieu aussi *per cartam* (6); les formules supposent que l'adoptant est sans postérité (*peccatis meis facientibus orbatus sum a filiis*); il demande à l'adopté de le nourrir et de le vêtir, de veiller à ses affaires (7); en retour, il lui promet toute sa succession.

(1) Du Cange, *Diss.*, 22 et suiv. Joinville, *Acad. Inscr.*, 1754, 76. Struvius, *Jurisp. heroica*, IV, 434. Grimm, 146, 464. Post, *Grundr. d. etnol. Jurispr.*, I, 99. Dareste, *Etudes pass.* Kowalewsky, *Coutume cont.*. p. 203. Viollet, p. 491 (bibl.). Glasson, III, 36. Stobbe, § 258 (bibl.). Mourcau, *Adopt. des enf. nat.*, 1817. Schmitt, *De adopt. minus plena*, 1823. Robertson, *Hermathena*, VI, 317. Gillet, *R. prat.*, t. 43, 44.

(2) Ostrogoths. Cassiod., *Var.*, 4, 2 (Théodoric adopte le roi des Hérules *per arma*) ; 8, 1 et 9. P. Diac., I, 23, 24. Lombards : adoption par *gaire-thinx*. Pappenheim. *Launegild*, p, 65. Francs : Gontran et Childebert. Greg. Tur., 5, 17; 7, 33. Aimoin, 3, 68.

(3) Lombards. P. Diac., 6, 53; 4, 40 (le patrice Grégoire et les fils du duc de Frioul). Aimoin, I, 20 : *Alaricus juxta morem antiquorum barbam Clodovei tangens adoptivus ei fiebat pater.*

(4) Scandinaves. Gulath., 58. Grimm, p. 155. L'adopté et l'adoptant chaussent le même soulier.

(5) Grimm, p. 463. Michelet, *Orig.*, p. 10. Junon fait semblant d'accoucher d'Hercule; même usage chez les Barbares, dit Diodore de Sicile. Lors de la première croisade, le prince d'Edesse et sa femme, pour adopter Baudoin, le font passer sous leur chemise. Aragon, *id.* Pidal, *Infantes de Lara*, 1896, p. 30, n° 3. L'adoption et la légitimation sous le manteau sont fréquentes. Ci-dessus. — Sur les effets de ces adoptions barbares, cf. Pertile, III, 394.

(6) Rozière, *Form.*, 115 et suiv. Marculf., 2, 13. Lindenbrog, 58, 59. Du Cange, v° *Adoptio*.

(7) Nos anciens auteurs constatent que celui qui adoptait s'amortissait,

2. — Tombée en désuétude de bonne heure (1), ainsi que le voulait l'évolution familiale (2), l'adoption n'apparut à nos anciens jurisconsultes que comme une institution romaine rejetée par le droit coutumier (3). Elle n'était même point en usage en pays de droit écrit (4). Quelquefois cependant, mais d'une façon très exceptionnelle, l'adoption se faisait par **Lettres du Prince** (5); en ce cas, elle ne conférait pas la puissance paternelle, ne faisait même pas de l'adopté un héritier légitime, mais seulement un successeur à titre de donation universelle ou de legs universel (6). De cette sorte d'adoption se rapproche l'institution d'une personne à charge de porter le nom et les armes du donateur ou du testateur (7).

3. — Sous la Révolution, l'adoption rentra dans le droit sans nécessité aucune, par évocation de l'antiquité classique.

c'est-à-dire donnait ses biens à charge d'être nourri jusqu'à sa mort. Rageau, v° *Admortir*. Reims, 237. R. Schmidt, *Affatomie*, p. 32, nous semble avoir bien établi que l'affatomie ne comportait pas l'adoption. En sens contr., Glasson et la plupart des auteurs. Ci-après.

(1) *Arbre des batailles*, c. CX. Lille, 16, 4 : Adoption n'a lieu. Cf. paternité spirituelle (parrain et marraine): effets d'après le droit canon. Du Cange, v^is *Adoptari, Filiolus, patrinus*. — *Atalikat* dans le Caucase. Kowalewsky, *Cout. contemp.*, p. 190. Cf. usages féodaux (le jeune gentilhomme page et écuyer chez le seigneur de son père). L. Gautier, *Chevalerie*.

(2) Ou plutôt la désagrégation de la famille. Et comme les familles princières ont échappé à cette loi, l'adoption s'y est conservée ou y a reparu plus facilement. Ex. : 939, 1277, 1282. Dès l'époque franque, les formules laissent voir l'hostilité de la famille contre les adoptés ; ceux-ci, en effet, sont des ennemis qui les dépouillent des biens avitins.

(3) Bucherellus, *Inst.*, 1, 11 (et auteurs cités). Dumoulin, s. Paris, 2, 2, 10. Chopin, s. Anjou, 3, 3, 2. Launay, *Inst.*, 2, 14. Boutaric, *Inst.*, 1, 11. Serres, 1, 11. Merlin, Ferrière, *h. v°*. — Adoption des orphelins par les recteurs des hôpitaux de Lyon. L. Pat., nov. 1672. Henrys, 6, 5, 35. Le *nutritor* de l'époque barbare qui recueille un enfant trouvé peut le traiter comme son fils ; il devient alors une sorte de père adoptif. Cf. *Siete Part.*, IV, 20.

(4) Rare en Italie, Pertile, III, 396. Salvioli, § 205. Là où elle a lieu (*apud judices curiae*, par devant notaires), elle ne produit que des effets incomplets ; ainsi l'adopté ne succède pas aux fiefs et aux propres. On se demande même s'il acquiert la noblesse de l'adoptant. Espagne : les *Siete Part.*, IV, 16, renferment un titre sur le *Porfijamiento*. *F. Real*, IV, 22.

(5) J. Faber, *Inst., de adopt.* (dr. du pape, de l'empereur).

(6) L'adopté ne peut donc pas exercer le retrait lignager.

(7) D., *ad Sc. Treb.*, 63, 18 ; *de don.*, 19 ; *de condit.*, 108. Ferrière, v° *Institution*. Nécessité de lettres patentes du roi, si l'institué quitte son nom pour prendre celui du donateur. Il doit en tout cas les droits de mutation, qui ne sont pas payés en cas de succession en ligne directe. Lebrun, *Succ.*, 8, 3. Bouvot, I, 111.

L'Assemblée législative décréta que son Comité de législation la comprendrait dans son plan général des lois civiles. La Convention donna l'exemple aux particuliers ; le 27 janvier 1793, elle adopta au nom de la patrie la fille de Michel Lepelletier. Si ce n'était là qu'une simple manifestation politique sans effets civils, cette mesure trahit du moins l'état des esprits. L'adoption privée fut dès lors pratiquée, sans avoir été légalement organisée ; on se bornait à exiger la rédaction d'un acte authentique. Par cela seul, sans conditions précises, l'adopté acquérait les droits d'un fils légitime. L'adoption était irrévocable, sauf le droit pour le mineur d'y renoncer (1).

4. — **Fraternisation** (2). — A l'époque barbare et dans les premiers temps de la féodalité, l'usage est répandu de sceller l'amitié à l'aide de serments et de solennités (comme le mélange du sang) qui la transforment en une fraternité fictive, emportent des devoirs étroits de mutuelle défense et même une véritable communauté de biens. De là sortit la fraternité d'armes de la chevalerie qui, à la différencé de la précédente, ne créait plus de lien de parenté artificiel (3).

5. — **Affiliation** (4) ou **affrérissement** (5) (*unio* ou *parificatio prolium*) (6). En cas de secondes noces, on stipule par contrat de mariage que les enfants du premier lit et ceux du deuxième auront des droits à la succession des deux conjoints et à leur part dans la communauté. Cette pratique avait l'avantage de

(1) D. 16 frim. an III; 25 germ. an XI. Cf. Sagnac, p. 315 (Projets de C. civ.). Dans le Code civil, art. 343 et suiv., figurent l'adoption et la tutelle officieuse.

(2) Du Cange, *Frères d'armes*, 1668. Kohler, *ZRW*, 1884 (*kunstl. Verwandtschaft*). Inama-Sternegg, *Deutsche Wirthschaftsg.*, I, 261. Tamassia, *L'affratellamento*, 1886. Gautier, *Chevalerie, passim*. Flach. *Orig. de l'anc. France*, II, 471 (1893). Post, *Grundriss d. ethnol. Jurisp.*, I, 93. Salvioli, § 205; *Consortes et colliberti*, p. 9. Mélusine, III, 402; IV, 118, 259; V, 36, 194, 284; VII, 4, 134, 156.

(3) Les communautés entre frères (Italie) ne semblent pas se rattacher à la fraternisation des temps barbares. Lattes, p. 267.

(4) Du Cange, Ragueau, *h. v°*.

(5) Du Cange, v° *Affrayramentum* (sociétés de tous biens). Saintonge, 1, Saint-Amand en Flandre, 26.

(6) *Einkindschaft* des Allemands. Watstein, *De unione prolium*, 1709. Gerber, *id.*, 1844. Ringelmann, *Einkindschaft*, 1825. Mittelstein, *id.*, 1886. Mayer, *id.*, 1900. Schrœder, p. 739. Ficker, *Erbenf.*, III, 150. Heusler, § 164. — Ex. dans Lœrsch et Schrœder, 2e éd., nos 178, 223, 225, 229. — Treizième siècle : acte 1275 (Autriche), 1296, etc.

maintenir le patrimoine familial dans le *statu quo*; elle dispensait d'un partage qui pouvait causer un grand préjudice au *parens binubus* sans profiter aux enfants. On y a vu une variété d'adoption (1) créée dans des vues d'égalité entre enfants; mais l'affrérissement ne modifie point l'état civil des enfants et, en l'établissant, on avait si peu en vue l'égalité que les actes les plus anciens contiennent des clauses de préciput.

§ 13. — *Condition des femmes* (2).

1. — Dans l'**ancien droit germanique** (3), la constitution de la famille avait pour résultat de soumettre les femmes à une tutelle perpétuelle : *nulli mulieri liceat in suae potestatis arbitrio, id est selbmundia vivere, nisi semper sub potestate viri aut potestate curtis regiae debeat permanere.* Cette formule remarquable de l'Edit de Rotharis, 205, exprime la condition primitive de la femme germaine (4). Fille, elle se trouvait sous l'autorité de son

(1) L'affiliant n'a pas de droits sur la personne et les biens de l'affilié. Lebrun, *Succ.*, 3, 3.

(2) Bibliographie. — Ci-contre p. 1003, 1078, Tutelle des mineurs, Successions, Communauté. — Kœnigswarter, Laboulaye, Gide, etc. — Weinhold, *Deutsche Frauen*, 1882. — Winkler, *Geschlechtsvorm.*, 1868. — Stobbe, § 263 (bibl., not. Kraut, Rive, etc.). — Heusler, § 171. — Huber, IV, 290, 526. — Pollock, II, 435. — Pertile, § 102. — Salvioli, § 204. — Simonnet, thèse, 1898. — Viollet, p. 294 (bibl.). — Glasson, III, 51; VII, 119. — Beaune, *Personnes*, 515. — (L. Giraud), *Essai s. la cond. des f.*, 1883. — O. Piñero, *Cond. jur. de la mujer*, 1888. — Lehr, *Cond. de la f. chez les Slaves* (*Bibl. univ.*, 1878). — Bücher, *Z. f. Staatsw.*, 1882, 38, 2 (femmes au moyen âge). — *NRH*, 1891, 301 (Celtes). — Post, *Ethnol. Jurispr.*, II, 37. — Backer, *Le dr. de la f.* 1880.

(3) Une opinion contraire à celle que nous exposons au texte donne à la femme germaine une véritable indépendance, au moins dans les temps primitifs, soit qu'il fallût voir là une survivance du matriarcat, soit que la rudesse des mœurs eût fait d'elle presque un homme. Cf. ci-contre, Puissance maritale, Succession. Cette opinion se rapproche de celle très répandue autrefois, qui faisait de la femme germaine le modèle de toutes les vertus, le prototype de la femme chrétienne. Sur cette question, cf. ci-dessus, Emancipation de la femme, t. I. *Acad. lég. Toulouse*, 1900 (*Le mariage par achat*). Meynial Lefebvre, *op. cit.*, Tacite, *Germ.*, 8 : *inesse feminis aliquid sanctum*; allusion au pouvoir magique attribué à Velléda, etc.

(4) Cf. *L. Saxon.*, 43 et suiv., qui organise la tutelle des veuves et des filles au profit des parents (*proximus paterni generis*), sans faire allusion à la tutelle de l'Etat; celle-ci est, en effet, de date postérieure. *Thuring.*, 47. *Fris.*, 9, 11. *Alam.*, 54. *Bai.*, 8, 8. *Burg.*, 12, 36. *Wis.*, 3, 3, et 3, 4, 2. *Id.*, dr. scandinave, Dareste. *Etudes*, p. 287 et suiv. — Heusler, I, 118, et II, 484, interprète l'édit Lombard en ce sens que la femme a la faculté de

père ou, à défaut, du plus proche agnat (1); femme mariée, sous l'autorité du mari (2); veuve, sous la puissance de ses propres enfants ou des parents de son mari (3), lorsqu'elle ne quittait point la famille de celui-ci, sous celle de ses propres parents, si, par exception, elle rentrait dans sa famille naturelle (4). A défaut de parents, elle était sous le *mundium* du roi, comme les orphelins (5). La femme, en effet, à raison de sa fai-

réclamer le *mundium* royal : elle n'y est pas obligée; elle n'a pas de tuteur d'office: mais elle ne peut aliéner ou donner ses meubles ou ses immeubles sans tuteur. Même en admettant cette explication peu d'accord avec le début du texte, on arrive à reconnaître qu'il est à peu près impossible à la femme de se passer d'un tuteur. *Roth.*, 388.

(1) Par exemple de ses frères. *Wis.*, 1, 8, 9. *Roth.*, 160, etc.

(2) A moins que le mari n'eût attribué le *mundium* à d'autres, ce dont il y a des exemples dans des actes italiens du onzième siècle. Certains statuts accordent ce pouvoir au mari. On trouve même un cas de *mundium* au porteur (de l'acte de cession) de 1036. Pertile, III, 235. *Roth.*, 205, 182. Cf. *puella in verbo regis*, *Rib.*, 35. 3. Mariages *jussione regia*, p. 1037. D. Bouquet, 3, 306. Viollet, 292. Glasson, 3, 19.

(3) Même mineurs. *Liut.*, 101. *Anlich. ital.*, IV, 785 (a. 916). Simonnet, p. 133.

(4) En droit lombard, la rupture des liens avec la famille n'est pas complète (peut-être par ext. du mariage sans *mundium*). Si une femme aliène ses biens (immeubles) avec son mari, dit *Liut.*, 22 (a. 721), deux ou trois proches parents (agnats) sont convoqués, et la femme doit déclarer en leur présence et devant le juge qu'elle consent librement à la vente, à peine de nullité de celle-ci. Rosin, *Formvorschr. f. d. Veräusserung. d. Frauen*, 1880 (*Unters.* de Gierkee), pense que la L. 29, *Liut.*, est une variante et une extension de la L. 22 (femme quelconque) au Bénévent. Cf. *Lib. Pap. Pipp.*, 34; Widо, 8 (droit pour la femme même de donner avec son mari). Lattes, p. 180. — Règles analogues ailleurs. Viollet, p. 290 (Dunois, XI^e s. Belgique, XIII^e s.). Lœrsch et Schr., *Urk.*, I, 125. *Cout. de Metz*, II, 18.

(5) Le *mundium* royal est ici surtout une protection générale, sans les effets spéciaux attachés au pouvoir domestique. L'Eglise recommande aux rois de défendre la veuve et l'orphelin (Exode, 22, 22; Deuter., 27, 19); l'Etat remplit ce devoir. Dans la formule de nomination du comte, il est dit : *ut viduis et pupillis maximus defensor appareas* (Marculfe, I, 8). Capit. Bavarois, 788, c. 2 : *ut ecclesia, viduae, orphani vel minus potentes pacem rectam habeant*; peine de 60 sol. en cas d'infraction de la paix. Il est recommandé aux juges ordinaires d'examiner leurs procès avant tous autres. Enfin, on décide que la veuve sera jugée, si elle le veut, par le roi ou l'Eglise, de préférence aux juges ordinaires. Beaum., 10, 12; cf. 11, 9. C'est là le côté pratique de la maxime : « au roi appartient la **garde des vefves** et des pupilles » (XV^e s.). *Summa Norm.*, 77. *Olim*, I, 169. *Jostice*, p. 218. *Et. de saint Louis*, I, 137. P. de Font, p. 360. *L. d. Droiz*, n° 921. L'idée de protection spéciale due par l'Etat aux veuves et aux orphelins se retrouve dans nos lois actuelles. L. 16-24 août 1790, 8, 3. *C. proc. civ.*, 83. C. civ., 2194. Viollet, p. 290. — Ord. 1315, 24 : défense de faire la guerre à un mineur ou à une veuve ayant des enfants.

blesse physique (1), ne saurait être chef de famille; elle se trouve sous la dépendance de celui au foyer duquel elle vit, du parent qui porte l'épée et qui la tirera, s'il le faut, pour la défendre (*mulier faidam levare non potest*), de celui qui seul peut comparaître dans l'assemblée judiciaire (2) et que les Allemands appelleront plus tard *kriegerischer Vormund* (3). De là résultait : 1° *en droit privé*, l'incapacité pour la femme d'avoir un patrimoine propre (4) et, le jour où on le lui permit, l'incapacité d'en jouir et de le gérer, surtout de disposer des immeubles (5);

(1) Tacite, 13 : *Nil nisi armati agunt*. Heusler a tort d'objecter, § 25, que la femme est aujourd'hui aussi faible, plus faible même qu'autrefois, et que, cependant, elle n'est plus incapable. Le milieu social n'est plus le même; c'est ce qui a permis l'émancipation de la femme, malgré sa faiblesse. Je ne crois pas non plus qu'on puisse dire avec Meynial, *Le mar. ap. les Inv.*, p. 77 : « elle vaut un homme à la guerre ». On ne le dirait pas des *squaws* chez les Peaux-Rouges, malgré la rudesse de leur vie, et on ne l'a pas dit des femmes germaines. Les Amazones ont toujours été des exceptions. Cf. les héroïnes mythologiques des Sagas ou des épopées germaniques. *Bai.*, 4, 29 (la femme se bat *per audaciam cordis sui*). *Roth.*, 278. *Liut.*, 141.

(2) Dans ces assemblées militaires, il n'y a pas de place pour les femmes, Cf. cep. Synod. Nantes, c. 19 (participation de femmes aux plaids francs) ; Laboulaye, p. 443. Greg. T., 7, 8; *Etabl. de Rouen*, 1, 155. Ci-après, sur l'époque franque. — Cf. *Roth.*, 203, *Sachsensp*, I, 43.

(3) C'est à lui qu'il appartenait de réclamer le *wergeld* au meurtrier de la femme. Sur le taux du **wergeld des femmes**, cf. Brunner, II, 614, *Wis.*, 8, 4, 16 : la moitié de l'homme. *Id.* Arabes, Alamans (*Pactus*, II, 39 et suiv. *Lex*, 46 et suiv , 88), Bavarois (IV, 29), il est le double de celui des hommes *dum femina cum armis se defendere nequiverit. Roth.*, 378, etc. chez les Francs, triple *wergeld* à la femme qui peut enfanter. *Sal.*, 24, 6. *Rib.*, 12 et suiv. *Angl.*, 48. *Sax.*, 15 : double, si elle est vierge. De là il n'y a rien à conclure au sujet de la condition des femmes en général; les variations du taux du *wergeld* tiennent à la valeur relative des femmes, au besoin qu'elles ont d'une plus grande protection. Grimm, 403. Du Plessis de Gr , thèse, 87. Viollet, p. 289. Laboulaye, p. 171. *Sachsensp.*, 3, 45, 2 (1/2 homme).

(4) Sur le droit de succession des femmes, cf. Opet. *Erbreehtl. Stell. d. Weiber*, 1888 (*Unters.* de Gierke). Ficker, *Erbenfolge*, etc. Ci-après, Successions.

(5) Sur les pouvoirs du *mundoaldus*, cf. ci-dessus. Puissance paternelle, Puissance maritale. Pertile III, 236. Simonnet, p. 46. — Correction, *Roth* , 221. *Liut.*, 5. *Wis.*, 3, 4, 4. — Mariage. *Roth.*, 196 (c. *Wis.*, 3, 3, 1). *Thur.*, 47. *Liut.*, 119. *Wis.*, 3, 2, 8 (exhérédation). — Responsabilité et droit à la composition. *Roth.*, 201 s., 186. *Liut.*, 125. *Fris.*, 9, 8 et suiv. *Sax.*, 40 (ces deux lois donnent à la jeune fille une part de la composition). Amira, *Nordgerm. OR.*, I, 402. — Aliénations. *Roth.*, 204. — Ester en justice. Formules s. les lois lomb. (*Wis.*, 2, 3, 6, lui permet de comparaître). Papien, 11, 2 : *nec minori nec feminae actio mandatur.*

2° *en droit public*, l'absence de tous droits politiques; la femme n'étant que *pars domus* ne compte pas aux yeux de l'Etat.

2. — En **droit public** (1), l'incapacité de la femme a persisté à travers tout l'ancien droit et même jusqu'à nos jours. On ne se donne même pas la peine de la justifier. Ainsi il est admis qu'elle n'a point accès aux fonctions publiques (2); elle ne peut être advocate et procuratrice, dit Boutillier, pour la raison de Calphurnie (3), mais cette raison n'est invoquée que par pédantisme; le vrai motif est dans la tradition qui écarte les femmes des tribunaux et des *officia virilia*. La *T.A.C.* de Bretagne, art. 68, déclare que nulle femme ne sera tuteresse, curateresse (excepté la mère tutrice), ni juge, et ne s'entremettra de nul négociement de cour (sauf pour son mari, ses enfants, son père et sa mère). Elle ne peut pas être témoin dans les actes notariés, en particulier dans les testaments (4); ce qui s'expliquerait, à la rigueur, par l'idée que le témoignage, en pareil cas, a l'apparence d'un office public, mais ce qui tient plutôt à ce que l'on doute de la véracité des femmes; ce n'est pas sans peine, en effet, qu'on les a admises à témoigner en matière criminelle (5).

(1) Laboulaye, p. 442. Ostrogorski, *La femme au point de vue du droit public*, 1892. Giraud, *Les cond. des f. au point de vue de l'exercice des dr. publics*, 1891.

(2) **X**, 1, 48, 4. — Cf. l'axiome anglais (déjà faux du temps de Bracton): la femme ne peut pas être mise hors la loi, parce qu'elle n'est jamais dans la loi. Amira, *Nordgerm. OR.*, I, 143 (pas de *Friedlosigk*, pour mineurs et femmes).

(3) I, 10; II, 2. *Jost.*, p. 103. Beaum., 5, 17. Gide, p. 399, se moque agréablement de cette raison: elle n'est pas aussi ridicule qu'il le prétend: nos anciens jurisconsultes donnaient à entendre que les femmes comme celle dont parle le Digeste, 3, 1, 5, et qui s'appelait en réalité Carfania, n'étaient par rares de leur temps. Il se peut très bien que, tout en autorisant la femme à plaider pour elle-même, Beaum., 2, 17, notre ancien droit ait trouvé quelque danger à les laisser plaider pour autrui. *Wis.*, 2, 3, 6. *Mir. de Souabe*, 2, 24. Cf. *Summa Norm.*, 76 : les femmes ne peuvent ni demander ni défendre en matière criminelle; si personne ne les défendait, elles se purgeaient par voie d'ordalies. J. d'Ibelin, 82, 105. *TAC Norm.*, 50, 4. — Dans le duel judiciaire, les femmes se faisaient représenter par un champion. Beaum., 63, 7. Cf. cep. *Mir. de Souabe*, c. 229. *Roth.*, 203. *Schasensp.*, I, 43. Paris de Puteo, *Duell.*, 1540. Thomas, *De ordin. duelli.* Ass. de Jérus., *C. de B.*, II, 30 : elle peut plaider pour son père malade. *TAC. Bret.*, 68.

(4) Beaum,, 39, 40, 49. *Summa Norm.*, 85, 6. Faber, *Inst.*, 44ᵇ (*vaga et instabilis*).

(5) **Témoignage des femmes.** — A° *Epoque barbare. Lombarda*, 2, 34, 11 : *mulier ad testimonium non admittitur.* Grimm, 408. *Stat.* Goslar, 4,

— Avec le temps, l'infériorité de la femme par rapport à l'homme s'atténua. En lui reconnaissant la capacité de recueillir les fiefs et même les royaumes, on ne put s'empêcher de lui accorder la capacité politique inhérente à leur possession (1). C'est ainsi que la dame de fief siège à la Cour féodale (2); dans les Pyrénées

13. *Capit.*, 789, c. 64 (*parvuli* ne doivent pas jurer, et on rapproche parfois la femme du mineur). Le cojureur peut être tenu de se battre; de là peut-être la difficulté pour les femmes d'être cojureurs ou témoins. — Opet, p. 110, cite des actes francs portant des souscriptions de femmes, par exemple *Cart. de Cluny*, II, 925, etc.; *Cart. de Saint-Victor*, 1, 36; d'où il résulterait que les femmes pouvaient être témoins dans les actes, au moins au neuvième siècle. Cf. *Hetrus*, 4, 35 : *mulier, si honesta fuerit, testis esse potest, excepto solo testamento.* — B° *Droit canon.* Tancred., *Ord. jud.*, 3, 6 : *prohibentur etiam mulieres testes esse in causis criminalibus et in testamentis.* **C.**, 33, q. 5, c. *mulierem*, 17 (saint Augustin). **X**, 5, 40, 10 (c. *forus. Elymol.* d'Isidor.). Dig., 28. 1, 20, 6. *In aliis autem causis mulieres possunt ferre testimonium.* **C.**, 15, q. 3, c. 2. **X**, 2, 20, 3 et 33. Durand. *Spec.*, I, 4, 83. La raison de cette incapacité est que *varium et mutabile testimonium semper femina producit* (c. *forus*); elle est, sans doute aussi, dans la dépendance où se trouve la femme, dépendance qui s'oppose à ce que son témoignage soit véridique (Cf. Chaisemartin, 471 : de qui je mange le pain je chante la chanson). C° Le *droit coutumier* a retenu longtemps cette incapacité. Beaum., *loc. cit.* : faculté de récuser les femmes, « *en cas ou il a peril de mort ou de mehaing ne sont pas fames à oïr en tesmoignage*; » exception pour les cas de naissance, etc. Toulouse, 36, 33, 39 (Casavet., f° 37) : tem. des femmes seulement en matière criminelle, en matière d'injures, *super matrimonio, etate infantis, defloratione mulierum.* Ailleurs, deux femmes valent un homme, ou trois femmes deux hommes. *Evangile des Quenouilles*, p. 4. Beaum., 39, 31; 39, 54 (le témoignage des femmes, des bâtards, des serfs n'est pas admis en cas de crimes). — La capacité d'être témoin est reconnue aux femmes *en toutes causes* par la Cout. d'Anjou, 554 (Beaut.-Beaupré, II, 192, 208, 497), par l'Ord. 1394 (XII, 185) qui abroge les coutumes contraires. Loysel, 53. Bugnyon, *Lois abrog.*, 2, 248. Muyart de Vouglans, *Lois crim.*, 2, 4, 1, 4. Cependant, au dix-septième siècle, Bruneau soutenait encore qu'on ne pourrait pas condamner quelqu'un sur le témoignage de deux femmes, sans adminicules, parce que les femmes ne sont pas *omni exceptione majores.* Glasson, 7, 126, 3. Pertile, *loc. cit.* — *Add.* J. d'Ibelin, 68. *Siete Part.*, Table, v° *Mulier.* Tardif, *Le droit privé au XIII° s.*, p. 79 (témoignage des femmes).

(1) La possession des fiefs valait donc aux femmes des privilèges considérables; frappé, sans doute, de la contradiction qu'il y avait entre le système féodal et la règle générale d'incapacité, Bodin, *Républ.*, 6, 5, explique cette dernière règle en disant que les femmes ne manquent pas de prudence, mais que leur rôle domestique leur interdit les actions viriles. — Certaines coutumes réservaient aux femmes un traitement favorable. Glasson, 7, 125 : on appelait la Cout. de Reims Coutume des femmes, à cause des avantages qu'elle leur conférait. Varin. *Arch. lég. de Reims*, I, 606.

(2) P. de Font, 18, 74. Beaum., 41, 27. Artois, 54, 74. *Justice*, p. 273. Duchesne, *Script. r. fr.*, 4, 731, 471 : *sedeas ad cognitionem causarum*, dit

la femme chef de maison, assiste aux assemblées des *voisins* et les préside parfois (1); ailleurs, les filles et les veuves qui ont un foyer séparé figurent dans les assemblées de village pour la réunion des Etats au même titre que les hommes(2). Encore au seizième siècle, il est permis de les choisir comme arbitres (3); il est vrai qu'un siècle plus tard, elles ne peuvent pas plus être arbitres que juges.

3. — **Changement dans la condition privée des femmes** (4).

Louis VII à Ermengarde, vicomtesse de Narbonne, D. Vaissette, n. 146, 275, 278, 518. Brussel, I, 262. *Cart. de Beaulieu*, 195, 273. **X**, 1, 48, 4. Là où les femmes ne succèdent pas aux fiefs, elles n'ont pas de juridiction, Loysel, 608. — En revanche, la dame de fief doit le service d'ost (par représentant. *Mir. de Souabe*, II, 61. *Et. de saint Louis*, I, 60), le service de mariage (Laboulaye, p. 257).

(1) Lagrèze, *Dr. dans les Pyrénées*, p. 66. Actes mss.

(2) Impôts (taille). Cf. *Summa Norm.*, 14, 8. — L. 10 juin 1793. Viollet, p. 293, n. 4.

(3) Loysel, 53 : *femmes ont voix et répons en cour et si recoivent mises et arbitrages*. Beaum., 51, 26. Artois, 54. *Et. de S. L.*, I, 62.

(4) On ne cesse de répéter que le christianisme a émancipé la femme. Ce n'est vrai qu'à moitié. Les théologiens enseignent que la femme est devenue, par le péché, inférieure à l'homme. Pour saint Thomas, *naturaliter in homine magis abundat discretio rationis, Summ. theol.*, 1ª, q. 92, 1, 2ᵐ. Il semble que ce soit, à ses yeux, un fait d'expérience, comme il est d'expérience qu'un nègre qui se couvre de verroteries et de plumes est, par cela même, inférieur en intelligence à un blanc dont ces parures n'excitent que le sourire. A côté des raisons les plus puériles à l'appui de la même idée (*uxor quare de costa viri facta est*), saint Bonaventure redit, après bien d'autres : *muliebrem sexum non decuit Verbum assumere*. La femme, dit saint Ambroise, **C.**, 33, q. 5, c. 19, ne doit entrer dans l'église que *velato capite*, car elle n'est pas l'image de Dieu. La prédication et l'enseignement de la religion lui sont interdits. Sur le thème de l'infériorité de la femme, les écrivains du moyen âge ont brodé à l'envi. Pour les théologiens et les juristes, le mal qu'ils pensaient des femmes est codifié, avec textes à l'appui (cités d'ailleurs d'une façon très fantaisiste), dans le *Songe du Verger*, I, 147 : « Entre les mauvaises conditions que les femmes ont, je trouve *en droit* (c'est-à-dire en droit romain et en droit canon) qu'elles ont neuf mauvaises conditions : 1° une femme de sa propre nature procure son dommage; 2° les femmes de leur propre nature si sont très avares; 3° leurs volontés si sont très soubdaines; 4° femmes de leur propre volonté sont mauvaises; 5° elles sont jongleresses de leur propre nature, d'après la loi qui parle d'une femme, laquelle était appelée Calphurnie, à laquelle la babillée pourrait assez être comparée : — Derechief, femmes sont réputées d'être fausses et pourtant selon droit civil, femme ne peut être reçue en témoin en testament; — Derechief, une femme fait toujours le contraire de ce qu'on lui commande faire; — Derechief, les femmes si allèguent volontiers et racontent leur propre vitupère et honte; — Derechief, elles sont cautes et malicieuses. Mᵍʳ saint Augustin disoit que femme est *instabilis*

— L'influence du droit romain et des idées chrétiennes, la désorganisation du groupe familial, l'immixion de l'Etat dans le cercle des intérêts privés, amenèrent l'émancipation progressive, ici très lente, là plus rapide, des femmes non mariées. C'est ainsi que, chez les Francs, on a pu se demander si, dès l'époque barbare la tutelle des femmes n'avait point disparu (1). La fille majeure habitant avec ses parents n'eut pas le droit de se marier sans leur consentement (2) jusqu'au triomphe de la doctrine canonique du mariage *solo consensu* (3). Pour la veuve, on a vu quelles difficultés soulevait son mariage ; la pratique primitive suppose, tout au moins, la décadence de la tutelle ; par la suite, l'autorité des parents sur la veuve paraît se raffermir (4). L'aliénation des biens et les actes judiciaires appellent, d'ordinaire, l'intervention des tuteurs (5) ; pour le droit franc, les documents sont loin d'être clairs ; tantôt la femme agit seule, tantôt elle est assistée d'un *advocatus* ou, s'il s'agit d'une veuve, de ses enfants (6). Si l'on compare ces textes aux documents

bestia, amabilis odium, viri confusio, fomentum sceleris et ad omne scelus causam inveniens. Je ne dis pas toutefois qu'il ne soit aucune bonne femme, mais elles sont clères semées et pour ce dit une loy qu'on ne doit point faire une loy de bonnes femmes, car loy se doit faire des choses qui adviennent communément. » *Jost.*, p. 282. *Gr. C. de Fr.*, 2, 17. Bout., 2, 2, 40. *TAC. Norm.*, 50, 4 : *Multae mulieres sunt malitiose et maligno spiritu perturbate. TAC. Bret*, 80. Bracton, II, 87, 8. Ce *Credo* peu flatteur pour les femmes n'appelait guère leur émancipation. Il fut tempéré par l'idée d'égalité en Dieu sans distinction de sexe ni de condition. C'est par là que le christianisme releva la femme. Ci-dessus, p. 89, n. 5 et 90, n. 4, t. II. Abbé Grégoire, *Infl. du christianisme sur la cond. des f.*, 1821. Jourdain, *Mém. sur l'éduc. des f. au moyen âge* (*Acad. Inscr.*, 28, 1, 79). Schulze, *Höfisch. Leben*, 1889; *Deutches Leben*, 1892.

(1) Ficker, *Verwandtschaft zw. goth. u. norweg. R.*, 1887; *Erbenfolge, pass.* Opet, *Geschlechtsvorm. i. d. fränk. Volksr.*, 1890; *Frag. d. fränk. Geschl.*, 1898 (*Mitth. Œst. Geschichtsf.*). Hübner, *KVJ.*, 1893, 38. Brissaud, *Acad. Sc. Toulouse*, 1895. Lefebvre, p. 327.

(2) Cf. *Thuring.*, 10, 3 : *Si libera femina sine voluntate patris aut tutoris cuilibet nupserit, perdat omnem substantiam quam habuit, vel habere debuit.*

(3) *Reipus*, mariage par le sou et le denier. Cf. *Roth.*, 222, et *Rib.*, 58, 18. Nulle allusion dans les textes à un âge à partir duquel le consentement des parents n'était pas requis. — Vœux : Cap. 819, c. 21 (I, 285) (*puer vel puella suae potestatis*). Opet, *Frag.*, 20.

(4) Ci-dessus, p. 77, t. II.

(5) Thévenin, n° 113 ; cf. n° 119. *Roth.*, 205. Le droit scandinave interdit simplement aux femmes d'ester en justice. — *Const. Sic.*, 2, 38.

(6) Pardessus, *Dipl.*, 394. Thévenin, p. 192. *F. Andec.*, 16, 12, 26; *Sen.*, 51; *Sen. rec.*, 5. Hübner, *Gerichtsurk.*, n°s 52, 56, 58, 165, etc. Actes nom-

lombards, où le *mundium* est nettement affirmé, on admettra, pour le moins, que la tutelle des femmes était en pleine décadence chez les Francs (1); ce serait aller trop loin, croyons-nous, que de dire qu'elle avait complètement disparu et à plus forte raison qu'elle n'avait jamais existé (2).

4. — **Droit allemand et italien** (3). — En Allemagne, en Italie, l'affranchissement de la femme eut de la peine à se réa-

breux dans tous les Cartulaires. Cf. Opet, *ibid.*, p. 30 et suiv. L'*advocatus* qui intervient dans les actes des femmes n'aurait rien de commun avec un tuteur (selon Opet), car il se retrouve dans des actes passés par des hommes; ce serait plutôt un *fidejussor*, un *Saleburgio* (Salmann). Cf. en partic. le Cartulaire de Savigny où les donations ont lieu, d'ordinaire *per manum* d'un tiers. Sur la présence des femmes en justice, *Form. s. Roth.*, 183, 204. Disc. dans Opet., p. 62 *Rib.*, 81 (*similiter et filia*). Capit., 819, c. 3 : *de viduis et pupillis et pauperibus : ut quandocumque in mallum ante comitem venerint, primo eorum causa audiatur.* A défaut de *testes* (Brunner traduit par cojureurs) ou *si legem nescierint*, que le comte vienne à leur secours en leur donnant un représentant chargé de défendre leurs intérêts. Ces mesures dans l'intérêt des veuves et des orphelins ne démontrent peut-être pas plus pour les uns que pour les autres qu'*en principe* ils ne sont pas en tutelle. *Capit.*, I, 93, 209, etc. Ord. 1319 (XII, 450). Cf. Exode, XXII, 21; Deutér., XXVII, 19. Conc. de Mâcon, 2, c. 12 (Bruns, II, 253) : compétence des juges d'Eglise. — Obligation pour la femme de payer les compositions et droit de les exiger. *Rib.*, 83, 1. *F. Andec.*, 29. *Capit*, I, 281, c. 4. — La capacité de disposer de leurs biens semble hors de doute pour les religieuses. Pardessus, *Dipl.*, *passim*. Le désir de faciliter les dispositions au profit de l'Eglise a dû porter à reconnaître la capacité des femmes en général.

(1) Cf. *Wis.*, 3, 4, 2 : *in suum arbitrium consistens.*

(2) On ne voit pas pourquoi elle n'aurait pas existé chez les Francs comme chez les autres Germains; la famille, le mariage y sont organisés de même; la condition des femmes en dépend. Les mœurs témoignent de l'état d'infériorité des femmes. Chansons de geste. Vétault, *Charlemagne*, 509, Gautier, *Chevalerie*, *pass.* En droit, les filles non mariées qui vivaient avec leurs parents n'échappaient point à leur puissance domestique. Bord., 63 : tutelle de la fille majeure qui a perdu son père jusqu'à ce qu'elle se marie. *TAC. Bret.*, 80. Nous doutons qu'elles pussent fonder un foyer séparé. Pour les veuves, la protection de l'Eglise et du roi atteste, au moins, leur indépendance de fait, leur isolement de la parenté. Ci-dessus, Secondes noces. Leur condition se rapprocha ainsi de celle des femmes romaines. Carolus de Tocco, sur la *Lomb.*, 2, 7, 2 : *Romana sub mundio non est, sed matrimonium facit eam sub mundio* (quand elle épouse un Lombard); *quo soluto solvitur mundium.* Sur le droit lombard et la L. 29, *Liut.*, Rosin, p. 57. — Beaum., 43, 27 : *Si tost comme son baron est mort, la femme revient en sa plaine volonté. Wis.*, 3, 4, 2, 7. *Burg.*, 52, 3. *Aethelr.*, 5, 21. Cnut., 2, 73. Procop., *B. g.*, 1, 2. Meynial, *Mar.*, p. 86. — Mère tutrice, Douaire, Dr. de succession, ci-après.

(3) Gide, p. 280, 302. Stobbe, IV, 427. Huber, IV, 291. Pertile, § 102. — *Dr. scandinave*, Gide, p. 224, 232. Cf. Dareste, Amira.

liser ; la *tutelle du sexe* se maintint ; on semble avoir redouté que privée de la protection de sa famille, trop inexpérimentée pour gérer ses affaires à un moment où celles-ci se compliquaient, elle ne compromit ses intérêts si on ne la pourvoyait d'un tuteur (1), en particulier pour les procès et les actes judiciaires (aliénations mobilières) (2). A défaut du père, si la tutelle fut, d'abord, permanente, légale, attribuée au plus proche agnat, elle est déjà dative dans le Miroir de Saxe, le tuteur nommé par le magistrat (3) n'assiste la femme que pour un acte déterminé, après quoi ces fonctions expirent (4). La désignation du tuteur finit même par être faite par la femme, sauf confirmation par le juge (5). Comme en droit romain, le tuteur n'était plus là que pour la forme. Mais telle est la force de la tradition que l'institution surannée de la tutelle des femmes ne fut supprimée qu'en 1870 à Hambourg, en 1881 à Bâle-Campagne (6).

5. — En **France**, à l'époque féodale, la tutelle des femmes n'existe plus (7). La femme non mariée est capable d'agir en justice, de contracter, de tester, au même titre que l'homme :

(1) Dr. de Lübeck, art. 21 : *nulla mulier potest bona sua impignorare, vendere vel dare sine procuratore, nec aliqua mulier potest carius fidejubere quam pro duobus nummis et dimidio sine mundiburdio suo, id est vormunde, exceptis illis que habent kopschet* (commerce), *et solent emere et vendere.* Soest, 27. Cf. Kornmann, *De virginitate*, p. 74.

(2) *Beistand* qui assiste. *Mir. de Souabe*, II, 24 : *nulle femme ne puet estre tuerriz de soi-mesme ne porter la parole en justice.* I, 50 : *femme se complaint de son avocat. TAC. Brel.*, 68.

(3) Le Statut de Florence, 1415, 6, met au nombre des attributions des magistrats celle de donner des tuteurs aux femmes. Const. Modène, 1771.

(4) I, 47, 2 ; II, 63, 1 ; cf. I, 41 Longé, *Coul. de Brabant*, III, 205 (cité par Viollet). Chaisemartin, 71.

(5) Imagina de Linange choisit le tuteur qui l'assistera dans son contrat de mariage, en 1452. Albrech, *Rappolsl. Urkundenb.*, IV, 464. Pertile, III, 236 (acte de 1190).

(6) A Vienne (Autriche), en 1340, les filles sont affranchies de la tutelle à l'âge de cinquante ans. Viollet, p. 290. Gide, p. 234 ; chez les Scandinaves, majorité à vingt-cinq ans, *venia sexus.*

(7) Beaum., 2, 27. *Jost.*, p. 273, *TAC. Norm.*, 80, 5 : *quamdiu fuerit sine viro, potest de terra disponere sicut mares. Auv.*, 14, 2, Cf. cep. Charte d'Amiens, 1190, 23 (*Ord.*, XI, 264) : *donec ipsa advocatum habeat, non respondebit de omni possessione quam vir tenuerat, quamdiu infantes in custodia erunt.* Opet, p. 94, conteste qu'il y ait là un reste de la tutelle des femmes. Voy. textes cités par Opet, p. 55, 87, 18. Loix et Statuts de Vaud, 1, 4, 1 : *les femmes et les filles sont en continuelle minorité.* — Salis, ZSS, GA, 1886, 141. — Angleterre : égalité des deux sexes. Pollock et M., I, 465.

une fille vaut un homme (1). Cela ne veut pas dire qu'elle puisse disposer librement de ses biens ; les droits de la famille s'y opposent, au moins en ce qui concerne les propres ; mais ces droits existent également par rapport aux hommes. S'il y a inégalité au détriment de la femme, c'est seulement en matière de succession. Le vieil axiome : *in multis deterior est conditio féminarum quam masculorum* (D. 1, 5, 9), cesse presque à tous égards d'être exact en droit privé.

6. — **Scte Velléien** (2). — Il faillit cependant s'introduire une importante exception au principe d'égalité des sexes en matière civile. On chercha à limiter la capacité de la femme en lui appliquant les dispositions du Scte Velléien ; la femme (mariée ou non) ne peut pas s'obliger pour autrui, disait-on avec les lois romaines, à raison de sa faiblesse et de son inexpérience des affaires (3). Longtemps négligée et presque oubliée dans le Midi lui-même (4), la prohibition de l'intercession reparut à la

(1) Comme les gentilshommes et les clercs, la femme jouit du privilège de pouvoir *se défendre* par procureur. Beaum., 4, 31. Cf. ci-dessus, intervention de l'*advocatus*. Beaum., 2, 31; 10, 13; 12, 6. Cf. *a contr.* femme mariée, éd. Salmon, Table, *h. v° Jost.*, p. 273 (elle p. plévir). *Gr. C. de Fr.*, p. 323, 350, 379, 389. Bourg., 3, 18. Auv., 1510, 13, 1. F. de Morlaas, 177, etc. *Summa Norm.*, 41 (délai pour la veuve). — Le *Gr. C. de Fr.*, p. 216, constate que, par usage de cour laie, femme soit mariée ou aultre ne doit tenir prison *pour cas civil*. Nov. 134, 9. Bout., 2, 6. Gui Pape, *Qu.*, 256. Masuer. 20, 1. Imbert, *Enchir.*, v° *Femme* et la note. Le privilège en vertu duquel les femmes (mariées ou non) ne pouvaient pas être contraintes par corps en matière civile fut consacré par l'Ord. 1667, 34, 8; il cessait de s'appliquer quand une marchande publique avait signé une lettre de change (sauf d'après le Parlement de Toulouse). Ferrière, v^is^ *Femme*, *Contrainte par corps*. Merlin, *ibid.*, Cf. C. com., 113 (la lettre de change vaut comme simple promesse).

(2) Ferrière, Guyot, *h. v° Dict. de dr. norm.*, *v° Caution*. Froland, *Mém. s. l'appl. du sénatusconsulte Vell.*, 1722. Gide, p. 392. Meynial, *NRH.*, sept.-oct. 1901.

(3) On n'a point découvert à un moment donné que la femme est faible et inexpérimentée; on n'a point davantage cédé à la superstition du droit romain ; mais, l'organisation de la famille ayant changé et les femmes ayant acquis une situation indépendante, on redouta, non sans motif, qu'elles ne fussent les premières à souffrir de leur faiblesse bien connue.

(4) *L. Rom. Wis.* Paul, 2, 11, 1. *Petrus*, 4, 53. Le *Brachylogus*, 3, 10, vise le dr. justinien. Dans D. Vaissette, *Preuves*, les actes auxquels les femmes prennent part ne font pas allusion au Velléien; mais, en général, elles s'obligent pour leur compte. Cf. Gide, 2^e^ éd., 386, 2 Glasson. 7, 127, 1. Montpellier (1204), 38 : l'incapacité de la femme est couverte par l'autorisation du mari. Toulouse, 74 (cautionnement valable). Masuer, 29, 9 : la femme

suite de la renaissance du droit romain (1), se propagea en pays de coutumes (2), en particulier au XIV^e^ siècle où Boutillier regarde comme en vigueur la loi de l'empereur Velléien (3). Mais si elle triompha dans le Midi en même temps que l'inaliénabilité dotale, ailleurs elle se heurta, d'une part à l'émancipation déjà réalisée de la femme non mariée, de l'autre, à la situation particulière qui est faite à la femme par le régime de Communauté; en s'obligeant pour son mari, chef de la communauté, on ne sait si elle viole la loi romaine qui tenait pour particulièrement dangereuse l'intercession dans l'intérêt du mari, ou si elle la respecte du moment où les intérêts des deux époux, séparés sous le régime dotal, sont ici au contraire confondus (4). La doctrine a beau accepter en principe le Velléien, elle ne parvient pas à le faire entrer dans la pratique; les renonciations au bénéfice de ce Scte (5), fréquentes dans le Midi (6), se multiplient dans le Nord et y deviennent presque de style (7); mais on ne s'accorde pas sur leur efficacité, et sur-

peut renoncer au Velléien, sauf si elle s'engage pour son mari. Ci-après, Auth., *Si qua Mulier*. Artois, 33, 7.

(1) D. Vaissette, 3, 344, etc. D. Plancher. *Bourgogne*, Preuves, n° 162 (a. 1302). Masuer, 29, 12. Guy Pape, 227. Papon, *Notaires*, I, 654.

(2) Beaum., 43, 14, 22, 26, 28 (validité du cautionnement de la veuve). *Olim*, II, 211 (a. 1282). *Gr. C. de Fr.*, p. 223. *Coul. not.*, 15. Desm., 153.

(3) II, 29. Cf. I. 97, p. 551. Déjà le *L. de Jostice*, p. 273, défend l'intercession aux femmes. Viollet, *Et. de saint Louis*, III, 192. Cf. Planiol, *TAC*, *Bret.*

(4) Bout., I, 97, p. 551 (la femme n'a le bénéfice du sénatusconsulte que si elle renonce à la communauté). Bretagne, *TAC*, 68, 320 (elle peut s'obliger pour son père, sa mère, son mari, ses enfants). Dumoulin. *De usur.*, 162 (Le Velléien ne s'applique pas si les deniers ont tourné au profit de la communauté, ce qu'on présume). Meynial, p. 273, n. 5.

(5) Et à l'Auth. *Si qua mulier* (Cod. Just., 4, 29, 22; Nov. 134, 8) qui prononce la nullité de l'intercession pour le mari, tandis qu'il y a des cas où l'intercession pour les tiers est valable (confirmation au bout de deux ans, renonciation de la mère tutrice au bénéfice du Scte). Girard. p. 779. Meynial, *NRH*, 1900, 108, et 1901, 241 et surtout 3^e^ art., sept. 1900. Gide, 162, 405. *Et. de saint Louis*, t. III, p. 215.

(6) Elles remontent à la pratique romaine. D., 16, 1, 32, 4. Cod. Just., 5, 35, 2 (Auth.) Montpellier, 1204. art. 38. Mazure, *F. de Béarn*, p. 297. *Decis. Capellae Tol.*, q. 37, 29. Lattes, p. 183 (Italie). *Siete Part.*, Table, v° *Mulier fidejubens*.

(7) Cartul. de Flines, 35, 40, etc. (XIII^e^ s.). Meynial, 275. Planiol, *TAC*, *Bret.*, 501, 473, 301. La Glose admet la validité des renonciations. En sens contr., J. de Ravanis, P. de Belleperche, cités par Cinus, sur la l. ult. *C. ad. Sc. Vell.* J. Faure, *Inst.*, 4, 7. Mais la pratique, dès le treizième siècle, rejette leur opinion. Le droit canon se prononça en ce sens à condition que

tout sur les conséquence de leur omission. Pour mettre un terme aux difficultés, l'Edit d'août 1606 finit par abolir le Sctc (1) et un peu plus tard la L. Julia qu'on rattache volontiers au Velléien, est abolie à son tour par un édit de 1664 (2). Les dispositions de ces deux lois restent sans effet, cependant, dans les pays de droit écrit (3) et en Normandie (4); le Velléein y est

la renonciation fut accompagnée d'un serment (**X**, 28, 8, XII[e] s.); G. Durand n'exige même plus le serment (2, ?, 9, 10). Sur la nécessité de la *certioratio*, cf. Meynial. Cf. Pratique italienne ; la renonciation est permise, en général, mais non quand la femme s'engage pour son mari. Id. Espagne, Gide, p. 302, 326. Meynial, *in f.*

(1) Et l'Aut. *Si qua mulier*. A la suite de la publication de l'*Observ. de la renonc. au Vel*, par Leschassier (réimpr. dans ses *Œuvres*, 1649) : piège à ceux qui contractent avec les femmes, quand, par malice ou par ignorance, les notaires obmettent la clause de renonciation. L'Edit de Henri IV rédigé par Sillery avec la collaboration probable de Pasquier, défendit aux notaires d'insérer dans leurs contrats aucunes renonciations au Velléien et aux autres privilèges du sexe et ordonna que ces contrats auraient la même force que si ces renonciations y eussent été spécifiées. Néron, II, 722. Les Parlements du Midi, ceux de Rouen et de Rennes refusèrent de l'enregistrer (*Id.* Perpignan, Colmar). Les Ord. 1683 et 1704 durent le confirmer pour la Bretagne et la Bourgogne. Desjardins. *Com. le sénatusconsulte Vel. disparut* (*R. crit.*, 30, 148). Gide, 413. Meynial, *NRH*, 1901, sept.-oct. — Sur l'évolution du droit allemand, cf. Gide, p. 274 (bibl.). Dernburg. *Pand.*, 2, 228. Meynial, *l. c.*

(2) Confusion fréquente autrefois entre le Velléien et la L. Julia et par la L. Julia on entend l'inaliénabilité de la dot, même avec le consentement de la femme, c'est-à-dire la L. Julia transformée par Justinien. L'édit d'avril 1664 abroge la L Julia pour le Lyonnais, Mâconnais, Beaujolais, Forez, pays de droit écrit du Parl. de Paris; il décide, dans l'intérêt du commerce que les obligations des femmes seront valables sur le fonds dotal comme sur les paraphernaux. Gide, p. 412.

(3) La Cout. de Toulouse, *de debitis*, 2, rejetait le Velléien ainsi que l'inaliénabilité dotale, mais au seizième siècle on ne l'observait plus. Catellan, *Arr.* 4. 49. Casaveteri, f° 27 v° : *ista consuetudo totaliter ad destructionem mulierum tenderet*. Serres, *Inst.*, p. 487 et suiv. Julien, *Elém. de Jur.*, p. 370. Brillon, *Dict.*, v[is] *Femme*, *Velléien*. Henrys, 4, 8. Sur les cas où le Velléien ne s'applique pas dans le Midi et sur les renonciations au bénéfice du sénatusconsulte (valables moyennant *certioratio*), cf. Ferrière, v[is] *Velléien, Renonciation* et auteurs cités. Imbert, *Enchirid.*, v° *Femme*. Meynial, *NRH*, 1901, sept.-oct.

(4) Sur l'application du Velléien en Normandie, cf. Froland, *Mémoire*, 1722. Colin, *NRH*, 1892, p. 436. Les Coutumiers normands et même la Coutume de Normandie sont muets sur le Velléien, preuve évidente que cette loi romaine ne s'est introduite en Normandie que par l'action combinée de la doctrine et de la jurisprudence; l'incapacité velléienne était dans la logique du droit normand. Gide, 397. Aussi la renonciation au sénatusconsulte y est interdite. L'obligation contractée par la femme en violation du Velléien y est nulle de plein droit. Dans le Midi, elle a besoin de lettres de rescision. Froland, p. 154. Imbert, *Enchir.*, v° femme.

toujours en vigueur ; il n'a disparu qu'avec la promulgation de l'art. 1125 du Code civil (17 fév. 1804) (1).

7. — Il était difficile que la question de la capacité des femmes ne fut pas agitée sous la **Révolution** (2). Condorcet la souleva dès 1787 dans un écrit où il soutenait qu'*il n'y a entre les deux sexes aucune différence qui ne soit l'ouvrage de l'éducation*. Ce paradoxe trouva un véhément adversaire dans Mirabeau (3). Se plaçant sur un terrain plus pratique, les cahiers de 1789 se préoccupèrent de l'abolition des privilèges des hommes en matière de succession ; l'exclusion des filles parut contraire au droit naturel ; les lois révolutionnaires la supprimèrent. On permit aussi à la femme d'être témoin dans les actes de l'état civil (4), mais on ne lui accorda ni le droit d'être tutrice, ni celui de faire partie des conseils de famille (5). A plus forte raison, les droits politiques lui furent-ils refusés (6). On n'ignore pas combien ce dernier point soulève de difficultés dans les législations modernes (7). Au contraire, l'égalité civile de la femme (non mariée) et de l'homme est acquise d'une manière définitive (8).

§ 14. — *Tutelle et curatelle* (9).

1. — **La tutelle des mineurs à l'époque barbare.** — La tu-

(1) Robert, *Capacité des femmes av. et dep. la L. 17 niv. an II*, 1813.

(2) Sagnac, 251, 368.

(3) Écrit publié après sa mort par Cabanis. Sylvain Maréchal, auteur du *Dict. des Athées*, 1880, et du *Code d'une société d'hommes sans Dieu*, 1797, a écrit, en 1801, un *Projet de loi portant défense d'apprendre à lire aux femmes*.

(4) L. 20 sept. 1792, 3, 1. Viollet, *NRH*, 1890, 715. La L. du 7 déc. 1897 a permis aux femmes d'être témoins de l'état civil et des actes notariés.

(5) *Id.* d'après le Code civil.

(6) Loi 10 juin 1793 : vote des femmes sur le partage des communaux.

(7) Ci-dessus, p. 90, t. II. *Gr. Encycl.*, v° *Femme*. Bridel, *Mélanges féministes*, 1897. Ostrogorski, *Dr. des f.*, 1894. Lamy, *La femme de demain*, 1901.

(8) On ne songe plus à leur donner des tuteurs ; on leur laisse le soin de s'en donner elles-mêmes. Cf. les *procuratores* des femmes romaines. Cicéron, *Pro Caecina*, 5, 14.

(9) Bibliographie. — Damhouder, *Patrocin. pupill.*, 1567. — Gillet, *Azile des pupils*, 1686. — Bersanus, *De pupillis*, 1705, — Struvius, *Jurispr. heroica*, VI, *de tutela*, 1748. — Glossaires et Répert., v^is^ *Tutelle, Mineurs, etc.* — Renusson, *Garde noble et bourg.*, 1699. — Meslé, *Tr. des minorités*, 1785. — J. A. Ferrière, *Tr. des tutelles*, 1766. — Astruc, *Id.*, 1758. — Merveilleux, *Garde noble et bourg.*, 1763. — Pothier, éd. Bugnet, t. 6 et 9. —

telle germanique (1) n'est que le *mundium* (2) ou puissance domestique (3) dans son application aux mineurs dont le père est décédé (4). Il faut se garder d'y voir, comme on l'a fait trop souvent, une institution établie dans l'intérêt du mineur, afin de le préserver des suites de sa faiblesse et de son inexpérience (5); c'est un pouvoir et un droit tout au profit de la

Amiable, *Rhdr.*, VII, 205. — Demangeat*, *R. Foelix*, 1845 et 1847, 12, 655; 14, 635. — Kœnigswarter, *op. cit.*; *R. Wolowski*, 16. 321. — D'Arbois de Jubainville*, *BCh.*, 1850. 3e s., II, 415; III, 136. — Flach, *Durée et effets de la minorité*, 1870. — Beaune, *Cond. des personnes*, p. 569. — Buche, *NRH*, 1884, 656. — Viollet, p. 467, 551 (bibl.). — Glasson, III, 40: VII, 182, 108. — Simonnet, *Le mundium*, thèse, 1898. — Kraut, *Vormundschaft*, 1835-50. — Rive, *Id.*, 1862-75. — Stobbe, § 263. — Heusler, 2, 480. — Amira, *Recht*, 107, 110. — Schrœder, p. 313, 320 et 732 (bibl.). — Huber, § 138 (Suisse). — Ruber, *Vorm.* (Moravie), 1883. — Chorinsky, *Id.* (Autriche dep. le XVIe s.), 1878. — Debray, *Id.* (1548, 1577), 1898. — Salvioli, § 202. — Pertile, 3, 347. — Lehr, *La tutelle des mineurs et les Conseils de famille*, 1896 (dr. comparé). — Lardy, *Législ. des cant. suisses en mat. de tut.*, 1876. — Meslé' II, 410, donne une longue bibliographie, et II, 167, une série d'Edits et d'Arrêts.

(1) Voy. surtout Heusler, §§ 23-27, et §§ 165-171.

(2) **Terminologie** : *Munt* = *manus*, *poteslas* (ci-contre, p. 1094), *mundium*, *mundiburdium*, mainbournie pour désigner la tutelle; en droit allemand *Vormundschaft*, *Pflege*; les textes latins n'ont pas de terminologie bien arrêtée; on dit *tutela*, *tuitio*, *defensio*, *cura*, etc. — Pour désigner le tuteur : *mundoaldus*, *muntporo*, mambour ou mainbour; dr. allem.: *Vormund*, *Pfleger*. Autres expressions : *advocatus*, *patronus defensor*, *procurator*, *tutor*, — gouverneur, régent, etc. *Mir. de Souabe*, I, 58; II, 116: *chedel*. — Pour le mineur : *infans infra aetatem*, *pupillus*, *orphanus*, *minor*, *mündel*. — Du Cange. v° *Mundoaldus*.

(3) S'il a existé une tutelle collective de la *Sippe*, en particulier chez les Anglo-Saxons (cf. Schrœder et les auteurs cités), elle ne tarde point à passer à la famille, la *Sippe* conservant tout au plus une haute surveillance. Cf. Heusler, § 130, et II, p. 485 (auteurs cités : Brunner, *ZSS*, *GA*, III, 49. Amira, *Erbenfolge*, 84, 149, 208. Gierke. *Genossenschaftsr.*, I, 22, 44; *Erbrecht u. Vicinenrecht*, *ZRG*, XII, 487). *Add.* Ficker, *Erbenfolge*, *passim*. Amira, *Recht*, § 53 et suiv.).

(4) La mort de la mère laisse intacte la puissance paternelle. Cf. cep. *Wis.*, 4, 2, 13 (2e mariage du père, possibilité d'une tutelle). — On trouve même par la suite, en Allemagne, des exemples de tuteurs assistant des mineurs sous la puissance paternelle (a. 1279, 1488); partage, aliénation des biens de l'enfant.

(5) Si l'empreinte romaine est visible dans les lois des Wisigoths, 4, 3, et des Burgondes, 85 (cf. Papien, 36), la loi lombarde paraît être l'expression fidèle du vieux droit germanique; à lire les lois de *Liut.*, 58, 74, 75, 99, 117, 149, où il est question des mineurs, on dirait que le tuteur n'existe pas; ils trouvent une protection non point dans la tutelle, mais dans le principe que le mineur ne saurait se nuire par ses propres actes; ses droits sommeillent jusqu'à sa majorité. Quand un acte est indispensable, c'est aux parents qu'on s'adresse. *Liut.*, 75.

famille, et par conséquent tout au profit de son chef (1). Dès lors la seule tutelle que l'on connaisse est la **tutelle légitime des agnats** (2), c'est-à-dire la tutelle déférée par la coutume au plus proche parent par les mâles, par exemple le frère aîné (3). Elle est pour celui-ci le moyen de sauvegarder ses droits, en particulier sur les biens du mineur; et ce moyen consiste dans leur exercice, à peu près comme si le mineur n'existait pas (4). L'agnat y voit un bénéfice, non une obligation; il se saisit, s'il lui plaît, sans autre formalité, de la personne et des biens du mineur; mais il est libre d'y renoncer de même qu'un héritier a la faculté de répudier la succession qui lui échoit (5); en ne

(1) La **tutelle maternelle** a été empruntée au droit romain par la l. des Wisigoths, 4, 3, 3; 3, 1, 7, et par la l. des Burg., 59, 85 (tant que la mère n'est pas remariée, *nulla ei parentilla praeponatur*). Cf. *Bai.*, 8. 7. Dans le pur droit germanique, la mère, qui est en tutelle, ne saurait avoir le *mundium* sur ses enfants. Il n'y a pas trace de tutelle maternelle dans le Miroir de Saxe. Heusler, II, 452. Le *Beisitz* de la veuve et de ses enfants n'implique pas de tutelle au profit de celle-ci; la veuve qui vit avec ses enfants les garde, les élève, gère le patrimoine commun, agit avec l'autorisation de son propre tuteur; mais les enfants n'ont pas de tuteur. *Sachsensp.*, 3, 76, 1; cf. 1, 23, 3, et 1, 11. Stobbe, IV, 435. Chez les Scandinaves et les Anglo-Saxons, *Hloth.*, 6, Ina, 38, la veuve n'a qu'un simple droit de garde, sans les effets du *mundium*. — Dans la suite, ce pouvoir de fait se transforme en tutelle de droit, quand la tutelle devient une institution de protection pour le mineur. En Allemagne, on lui donne alors des cotuteurs, on lui fait promettre de ne pas se remarier, de ne pas invoquer le sénatusconsulte Velléien. Stobbe, IV, 434 et suiv.

(2) Ces parents sont des tuteurs nés; l'ancien droit germanique ne connaît pas de tuteur nommé; le testament y est inconnu et, par suite, il ne saurait y avoir de tuteur testamentaire; quant au tuteur datif, il n'existe pas non plus, car ce n'est pas à l'Etat à désigner le chef de famille; la transmission du *mundium* s'opère en vertu de la Coutume. — Cf. Minorité des rois, ci-dessus, La Royauté franque, t. I. Brunner, § 63.

(3) *Proximus paternae generationis*, dit la l. *Sax.*, 44; *Burg.*, 59, 85, 2. *Wis.*, 4, 3, 3. *Sachsensp.*, 1, 23, 1, et 45, 1. *Cap. Worm*, 829, c. 4. L'ordre dans lequel les parents sont appelés est le même pour la tutelle et pour la succession. Incapacités comme en mat. de succession : femmes, étrangers, religieux ou clercs, faibles d'esprit (?). — A défaut des parents paternels, on appelle d'assez bonne heure les parents maternels. *Form. Salom*, 14. *Schwabensp.*, 59. Augsburg, 98, 1. Kraut, I, 170.

(4) Heusler, II, 453 : *Der nachste Schwertmag der kinder übte die Vormundschaft als ein Recht, in eigenem Interesse, er nahm die Waisen zu sich und wurde dadurch ihr Vormund, weil er als nächster Erbe ein Interesse daran hatte, schlechten Haushalt und Gefährdung seines Erbanwartschaftsrechts zu verhindern.*

(5) Auquel cas il doit y avoir dévolution au degré subséquent. Mais de bonne heure, à défaut d'agnat proche, apparaît la tutelle dative. *L. Pap. Pipp.*, 5. *Wis.*, 4, 3, 3. *Sachsensp.*, I, 42, 2. Aux époques postérieures, on

l'exerçant point, il n'encourt aucune responsabilité (1). Sur la **personne** du mineur, il a, en principe, les mêmes droits que le père; le même mot, *mundium*, désigne l'autorité paternelle et l'autorité tutélaire, d'où il suit qu'elles ont les mêmes effets (2) (correction (3), consentement au mariage, etc.). Les **biens** du mineur se confondent avec ceux du tuteur; c'est une sorte de présuccession que celui-ci recueille. S'il y a quelque exagération, surtout pour le droit plus récent, à dire que le tuteur devient propriétaire des biens du mineur, puisqu'il doit les restituer, cette formule donne cependant une idée assez exacte de ses droits (4). Il en a l'administration et la jouissance (5); tous les revenus du mineur et par conséquent toutes les acquisitions faites avec ces revenus lui appartiennent; il lui suffit de restituer à la majorité le fond pupillaire (*Bien de mineur ne croît ni se perd*) (6); il a le droit d'aliéner les meubles (7); s'il ne peut pas

rejeta la dévolution en haine de la tutelle usufructuaire. — L'agnat a-t-il le droit de céder le *mundium* à un tiers? En dehors du cas tout spécial où il marie sa pupille (cf. ex. dans Viollet), cela nous semble bien douteux. Cf. cep. Kraut, I, 215. Stobbe, IV, 434.

(1) Sa négligence risquant de compromettre les droits de la famille, on comprendrait que les agnats pussent provoquer sa destitution ou plutôt le destituer eux-mêmes. Mais il n'en est pas question dans les documents. Le *Miroir de Saxe*, I, 41, suppose la destitution du tuteur infidèle (*Balmunt*), seulement à propos de la tutelle des femmes. Cf. dr. rom., Girard, p. 215. — L'intervention de la parenté dans les lois barbares n'a lieu que si le mineur se marie (et dans ce cas, il sera d'ordinaire hors tutelle) ou quand il est nécessaire d'aliéner ses immeubles. Ci-contre, p. 160, n. 5, t. II. *Sax.*, 43. *Roth.*, 160, 182, 195-7, 207. *Grim.*, 6. *Liut.*, 75, 120. Schœpflin, *Alsat. diplom.*, 676 (a. 856).

(2) *Div. imper.*, 817, c. 16 (*Cap.*, éd. Bor., I, 273). Education, Stobbe, IV, 448.

(3) Ce droit s'est atténué de bonne heure pour le tuteur qui devait être puni par la perte de la tutelle, s'il infligeait des mauvais traitements au pupille. *Burg.*, 66. *Roth.*, 195, 197. *Liut.*, 12, 31, 120. *Wis.*, 4, 5, 1. *M. de Souabe*, I, 190.

(4) Cf. tutelle romaine. Gérardin, *NRH*, 1889, 2.

(5) *Tutela usufructuaria. Sachsensp.*, I, 11, 23. Il n'a pas de caution à fournir, pas de comptes à rendre durant la tutelle. *Burg.*, 85, 2, 3. *Wis.*, 4, 3, 3. *Liut.*, 149. Stobbe, IV, 449, 8 Huber, IV, 512. Ci-après, Bail des fiefs. La l. Wis., 4, 3, 3, ne laisse au tuteur que le dixième des revenus.

(6) Chaisemartin, *Prov.*, p. 326 (*Mündelgut weder wachsen noch schwinden soll*).

(7) Le mineur ne saurait les revendiquer contre les tiers (ci-après, Régime de la propriété mobilière); il est même douteux que la responsabilité personnelle du tuteur pût être engagée par là. Cf. cep. en sens contr., *Burg.*, 85.

disposer des immeubles de façon à ce que l'acte soit opposable au mineur (1), c'est moins dans un but de protection pour celui-ci que par suite des droits de la famille; il n'est guère plus libre de disposer de ses immeubles propres. Il a la faculté de se faire payer les créances comprises dans l'actif héréditaire du mineur; en revanche, il est tenu des dettes correspondantes. Les contrats du mineur ne l'obligent pas (2); mais il répond de ses délits à raison de son *mundium*, même sur ses biens personnels (3). Enfin, le **tuteur ne représente pas le mineur**; il ne peut agir qu'en son nom propre, pour son compte (4). Les attributions du tuteur ne changent pas, lorsque, ayant atteint sa majorité, le pupille continue à vivre avec lui et ne réclame point son patrimoine (5); il se peut qu'il devienne capable à partir de ce moment comme cela arrive pour l'enfant en puissance; mais le tuteur ne cesse pas de jouir de sa fortune, et il n'est pas tenu des obligations qu'il contracte, à moins d'être intervenu à leur formation.

2. — **Suspension des actions pour ou contre le mineur** (6). — Dans ces conditions, la capacité du mineur est nulle; il n'a pas le droit d'agir en justice et il ne saurait être actionné. Les droits qu'il peut avoir ne se dégagent qu'à sa majorité et par conséquent tout procès où il est intéressé doit sommeiller jus-

(1) Sauf en cas d'aliénation nécessaire : pour nourrir le pupille en temps de disette, pour payer les dettes héréditaires à l'époque où les immeubles répondirent des dettes. *Liut.*, 149 (autoris. du juge). *TAC. Norm.*, 7, 4, 78. Brunner, *Table*, v° *Mündel*.

(2) *Burg.*, 87, 1, 2.

(3) Les compositions dues à raison de délits dont le mineur a été victime lui appartiennent en principe. *Cap.*, 819, 5. *Sachsensp.*, II, 65, 1. Cf. Stobbe, IV, 453.

(4) D'où il suit que le mineur devenu majeur ne répond pas des dettes contractées par le tuteur. Si le tuteur a reçu une composition due au mineur, celui-ci, devenu majeur, n'est pas tenu de respecter la paix faite par le tuteur; il lui est loisible d'exercer la vengeance, ce qui met le tuteur dans la nécessité de rendre la composition. Brunner, *ZSS, GA*, III, 74, 1. Homeyer, *Sachsensp.*, II, 2, 481.

(5) Fribourg (*Stadtrodel*), § 34 : *proximus a patre curam gerel puerorum et eos usque ad XII annos et amplius, donec bona sua non poposcerint, in cura sua retinebit. Sachsensp.*, I, 42 : à partir de douze ans, l'enfant peut se passer de tuteur, mais il peut aussi garder son tuteur jusqu'à vingt et un ans.

(6) Schröder, p. 314. Pollock et M., II, 440 : *the parol demur* (*loquela remanebit*). Bracton, f° 274, 421. Meslé, I, 179.

que-là. Son tuteur n'a pas à le représenter (1); il agit en son nom propre, pour son compte personnel. D'ailleurs, la représentation en justice est interdite en principe; l'admettre par exception dans ce cas eût été risquer de compromettre les intérêts du mineur. Ces motifs joints à l'insuffisance de l'organisation de la tutelle assurèrent à la vieille règle une fort longue durée. Mais dès la deuxième race il fallut la retoucher, tant elle était nuisible aux tiers (2). Le Capit. de 819 permit de faire comparaître en justice l'enfant âgé de moins de 12 ans qui s'était emparé du bien d'autrui et de le faire condamner à payer la composition (*excepto fredo*). Le Capit. de Worms, 829, suppose que ceux qui prenaient les biens d'autrui les transmettaient à des mineurs afin d'empêcher le propriétaire d'exercer sa revendication, puisqu'on ne pouvait plaider contre un mineur; il décide que le père ou le tuteur sera le représentant judiciaire du mineur dans tous les litiges, sauf quand il s'agit de l'*hereditas parentum*; ici subsiste le régime primitif de la suspension de l'instance. Au treizième siècle seulement on commence à l'abandonner; les actions possessoires sont permises, vu leur caractère provisoire (3). Enfin, en 1330, une ordon-

(1) *Secùs Burg.*, 85. *Wis.*, 4, 3, 3. Influence romaine. Cf. cep. dr. scandinave. Amira, *Rech*, 157. Wolf, *ZVR*, 1886, 3, 63.

(2) *L. Rib.*, 81 : *Si quis Ribuarius defunctus fuerit, et filium reliquerit, usque 15, anno pleno nec causam prosequatur, nec in judicium interpellatus responsum reddat: 15. autem anno aut ipsi respondeat aut defensorem eligat. Similiter et filia.* Cap. ad L. Sal., 819, c. 5 : *Si infans infra 12 annos res alterius injuste sibi usurpaverit, eas excepto fredo cum lege sua componat et... manniatur... et a comite ad mallum adducatur. De hereditate vero paterna vel materna si aliquis eum interpellare voluerit, usque ad spatium 12 annorum expectare judicatum est.* Cap. Worms, 829, c. 4 : L'acheteur de *res alienae per malum ingenium proprio filio aut alteri cuilibet necdum legitimos annos habenti, justitiae tollendae causa tradiderit; volumus ut, si pater ejusdem parvuli vixerit, ipse intret in causam rationem reddendi pro filio suo. Si autem pater ipse mortuus est, tunc legitimus ejus propinquus, qui juste ei tutor vel defensor esse videtur, pro ipso rationem reddere compellatur. Similiter de aliis omnibus justitiis ad eum pertinentibus, excepta sua legitima hereditate, quae ei per successionem parentum suorum legitime venire debuit.* Sur ces textes, cf. Kraut, I, 133; II, 114. Rive, I, 200. Waitz, *VG*, III², 281. Amira, *KVJ*, 1875, 430. Brunner, *ZVR*, I, 333. *Liut.*, 78. *Quaest. et Mon.*, 27. *TAC. Norm.*, 6 : le mineur ne peut *probare seu defendere sua manu.* Cf. 7, 3; 74; 78. Beaum., 3, 18; 17, 7. Anjou, 95. Marnier, *Et. de Norm.*, p. 8. Chantereau-Lefèvre, *Tr. des fiefs*, p. 48 et suiv. Viollet, *Et. de saint Louis*, III, 206. Ord. de Jean II, 36. Cf Planiol, *TAC Bretagne*, p. 469.

(3) *TAC. Norm.*, 74, 78. P. de Font, 14, 2 et suiv. Beaum, 16, 1. *Et de saint*

nance abolit tout à fait le vieux droit ; désormais on put plaider avec les mineurs *in causa proprietaria vel reali ;* ils recevaient un tuteur ou curateur *in litem* avec l'assistance duquel ils estaient en justice sans pouvoir retarder la solution de l'affaire ; car on avait remarqué que le privilège dont ils jouissaient se retournait contre eux ; ils risquaient de perdre leurs dtoits, parce que les preuves avaient péri et d'une manière générale, la reddition de la justice se trouvait entravée par là (1). Ce tuteur spécial finit par se confondre avec le tuteur ordinaire dont le rôle consistait désormais à représenter le mineur (2).

3. — **Intervention de l'Etat.** — Un pareil régime assure des tuteurs aux mineurs riches ; les pauvres en manqueront

Louis, I, 78. *Olim*, 2, 420. *Styl. Parl.*, 17, 2. *Gr. C. de Fr.*, II, t. des mineurs. Bout., I, 93. Loysel, 187, Ragueau, v° *Loi outrée. Summa Norm.*, 42 : *minores terminum habebunt de omnibus querelis exceptis que per inquisition. fiunt vel per breve.* Cf. principe d'après lequel les prescriptions ordinaires ne courent pas contre les mineurs. *Fors de Béarn*, p. 193 (40 ans). On ne prescrit ni n'usucape contre un mineur. Bout., I, 92, p. 521.

(1) *Ord.*, II, 63 Isamb., IV, 385. Loysel, 187. Beaum., 16, 3. Const. du Châtelet, 2. — L'Ord. 1330 cite un fait particulier qui avait appelé l'attention des *gentes parlamenti* sur les inconvénients qui résultaient de l'excessive prolongation des procès (pertes des titres, mort des témoins). Autrefois la règle avait moins d'inconvénients, puisque la minorité cessait à douze ans. — Sur les précédents de l'Ord. 1330, cf. *Jost.*, p. 131 : *Enfes qui en bail ne doit respondre d'eritage ne de mueble, ne ne puet fere serement, mes a 15 anz il doit respondre par le conseil de sa garde, et par le conseillier, li juige, qui doit garder les orfelins. Mes il ne se combat pas devant qu'il ait 20 ans passez.* — Sur l'application de l'Ord. 1330, cf. *Gr. C. de Fr.*, II, 32, p. 378 : on y vise un procès en l'an 17, c'est-à-dire 1317 ; mais cf. p. 370, 387. *TAC. Bret.*, 76. Les add. d'Aufreri sur le *Stil. Parl.*, 17, constatent le changement Bout., I, 93, p. 527 (éd. 1603), rapporte cependant encore la vieille règle. — En Angleterre, le *demurrer of the parol* n'a été aboli qu'en 1830.

(2) Heusler, II, 502, montre comment la pratique allemande remédia aux inconvénients de la règle qui tenait en suspens les droits du mineur ; en cas d'aliénation des terres du mineur ou des terres de ses parents pour lesquelles son consentement était requis, on donna des sûretés à l'acquéreur en vue de l'hypothèse où le mineur viendrait à faire valoir ses droits (ex. 1259, 1293, 1302, *amici recognoverunt esse proficua*) ; depuis le commencement du quatorzième siècle, le tuteur agit au nom de l'enfant ; à Magdebourg, il peut disposer des acquêts ; pour les propres, le consentement des parents lui est nécessaire. De même, on permit au tuteur de contracter des dettes au nom du mineur ; autrefois, il n'en avait pas besoin, car il devait l'entretenir à l'aide de ses propres biens : quand il perdit le droit aux fruits, il fallut lui procurer des ressources. De tels droits accordés au tuteur amenèrent l'organisation d'un contrôle de la gestion tutélaire (remploi des immeubles aliénés, comptes annuels).

souvent. Il ne sera pas rare de voir des mineurs abandonnés par leurs parents; il pourra aussi se faire qu'il n'existe pas d'agnats. Une ressource restait à ces faibles, c'était de se placer sous le *mundiun* du roi (1). Avec la seconde race, on voit le roi se poser en défenseur de la veuve et de l'orphelin; peut-être même est-on autorisé à dire qu'en principe, le *mumdiun* royal s'étend sur eux comme sur les étrangers sans qu'ils aient à le demander, si bien qu'il leur donne des tuteurs choisis par lui ou par ses juges et pris assez naturellement parmi les parents maternels (2). Mais c'est là un fait exceptionnel; l'organisation de la protection du mineur est encore rudimentaire; l'Etat se borne à punir ceux qui abusent de sa faiblesse. Il n'exerce pas de contrôle sur les tuteurs légitimes (3).

4. — **Droit féodal** (4). — La tutelle légitime des temps barbares n'a pas disparu à l'époque féodale; elle s'applique aux fiefs sous le nom de *bail;* en même temps, la *tutelle dative*, qui était à peine connue, s'organise, grâce au roi et aux seigneurs justiciers qui continuent l'œuvre des princes francs et la développeront de plus en plus, en s'aidant des précédents romains (5):

(1) *Cap. Langob.*, 782, 5; 802, 5; 801-813; 810, 20; 801, 813, c. 2, etc. (I, 192; 93; 157; 154; 171). Ces textes ne font que poser un principe sans l'organiser. *Sachsensp.*, I, 4. *Magdeb. R.*, 60. Cf. *Rib*, 81. *Roth.*, 204. *Liut.*, 19, 74, 75, 149. *TAC. Norm.*, 3 : *Vidue et pupilli sunt in protectione ecclesie.* Déjà les lois du Bas-Empire contiennent des dispositions protectrices pour les veuves et les orphelins. Ci-contre, § 13, n. 4, Femmes. Dans la suite on dira comme Buchereau, *Inst.*, p. 64 : *tutelam minorum regum esse... ubicumque causa minorum in judicium deducitur, assurgit advocatio regia causamque et jus minorum, ut ipsius regis, explicat.*

(2) Heusler, II, 483, nie l'existence de la haute tutelle (*Obervormundschaft*) du roi qu'on admet assez généralement. Cf. Kraut, I, 64, etc.

(3) L'action de l'Etat fut très lente à se faire sentir. Ainsi, en Suisse, la plainte du mineur contre le tuteur n'est pas possible qu'au treizième siècle, et encore seulement dans les villes; la surveillance du tuteur par les autorités publiques ne date que du seizième siècle. Huber, IV, 515. En Allemagne, Statuts des villes rel. à la tutelle et au contrôle exercé par le Conseil de ville, etc. Breslau, 1339. Ord. 1548, 1577. Collèges pupillaires, Nuremberg, 1399, etc.

(4) Cf. not. d'Arbois de Jub., *op* et *loc. cit.* Il n'est guère de matières où l'interférence des institutions d'esprit opposé et l'imprécision de la terminologie dans les documents aient créé plus de difficultés à l'historien du droit.

(5) Beaum., 16, 2 : « de droit commun tuit li sousaagié sont en la garde du seigneur en qui justice il sont. » De là il suit que le seigneur doit donner un tuteur à quiconque n'a pas de tuteur légitime, et s'il n'en trouve pas, il doit lui-même servir de tuteur. P. de Font., 14, 6, 18. — Cette garde

ce double système se complique par la *garde seigneuriale*, c'est-à-dire par la reprise du fief de la part du seigneur qui l'a concédé, car le mineur ne peut lui rendre les services féodaux (1). Conflit entre l'intérêt du seigneur, celui de la famille et celui du mineur, qui fut résolu souvent d'une manière très simple, par la *pluralité des tutelles* (2); le même mineur eut autant de tuteurs que d'espèces de biens, ce qui était possible, puisqu'on ne se préoccupait point avant tout de la protection du mineur. A mesure qu'on s'orienta vers cette idée, on dut essayer de faire prévaloir le principe opposé, l'*unité de la tutelle*. Le seigneur perdit, le premier, ses droits, puisque l'histoire du fief se résume, comme on l'a vu, dans l'expropriation continue du seigneur par le vassal : les prérogatives de la famille résistèrent plus longtemps : mais à l'époque monarchique une révolution presque complète s'était opérée en faveur du mineur, réalisant la formule de Beaumanoir, 13, 12 : *de droit commun li seigneur* (nous dirions : l'Etat) *sont tenu à garder le droit de tous ceus qui sont sous aage* (3).

5. — La **garde seigneuriale** (4) est moins une tutelle que la reprise du fief par le seigneur, — reprise d'abord définitive, puis provisoire (cf. commise et saisie féodale). — parce que le vassal mineur est incapable de rendre les services féodaux (faute d'homme). Elle s'allie à la garde personnelle du mineur, à la

finit par subsister seule en prenant la forme de la tutelle romaine. Cf. Pollock et M , II, 443.

(1) Normandie, Bretagne. Ailleurs, la garde seigneuriale est subsidiaire au bail et ne se distingue pas toujours bien de la garde ou tutelle dative organisée par le seigneur justicier.

(2) Stobbe, IV, 441.

(3) Cap. 802, 5; 805, 24; 806, 3 : *sub Dei defensione et nostro mundeburdo pacem habeant*. P. de Font., 14, 18. *Jost.*, p. 68. *L. d droiz*, 921.

(4) Du Cange, v° *Custodia, Custos*. Ragueau, v° *Garde noble royal*. Beaum., 15 (bans et gardes). Coutumiers norm. (*Summa*, 31, *Gr. C.*, 33) et anglais. Blackstone, Pollock et Mait., I, 299. De Fort, *Garde noble royale en Norm.*, 1691. D'Arbois de Jub., p. 420. *Bret. TAC*, 230; *NC*, 78 (assise des rachats, 1276). D'Argentré, s. cet art. Planiol, p. 470. — Les *libri Feud.* ne parlent pas de la garde seigneuriale. — Sur l'*anevelle* et ses survivances en dr. allem., cf. Stobbe, § 119, IV, textes et bibl. *Auctor vetus*, I. 67. *M. de Souabe*, II. 47, 101. — On a voulu, à tort selon nous, rattacher la garde ou bail seigneurial à l'avouerie des églises. Encore moins dérive-t-elle du *mundium* royal qui serait passé aux seigneurs; car ce *mundium* ne s'exerce qu'à défaut de parents, tandis que la garde seigneuriale exclut le droit des parents.

custodia orphani (Normandie) : les pupilles doivent être élevés *in bonis domibus ;* ils s'attacheront davantage au seigneur auprès duquel ils passent leur jeunesse, et celui-ci les traitera comme ses propres fils (1). Au seizième siècle, ces idées féodales étaient oubliées ; le seigneur n'avait la garde de son vassal que par exception (Norm., 217). Cette garde, outre les droits sur la personne du mineur (2), lui procure (3), durant de longues années peut-être, les revenus du fief (4) : et sous ce rapport, elle n'est pas sans danger pour le mineur et sa famille ; ils ont toujours à redouter que cette jouissance ne soit le prélude d'une complète spoliation devant laquelle les seigneurs peu scrupuleux ne reculeront pas, si l'occasion se présente, bien qu'elle soit illégale (5). Pour le seigneur lui-même, la garde n'est pas toujours sans inconvénients, car elle entraîne des obligations (6),

(1) *TAC. Norm.*, 11 : justification sous forme de dialogue de la préférence accordée au seigneur sur la mère et les collatéraux. *NC*, 213. Glanville, 7, 9. Cas où le vassal a plusieurs seigneurs ; la garde de la personne est au seigneur lige, celle de chaque fief au concédant ; en Normandie, le duc, lorsqu'il a la garde *ratione ducatus*, prend tous les fiefs et échoites du mineur *Summa*, 31, 6. Garde privilégiée du roi. Pollock et M , I, 302. Bracton, f° 87. Charte 1215, c. 37, 43.

(2) Mariage des filles (consent. des parents). *Summa*, 31. *A. C. Picardie*, éd. Marnier, p. 6, 58. Ord. 1246, 2. *Const., Sic.*, 3, 23, 1. Ph. de Navarre, 86. Laboulaye. *Cond. d. femmes*, p. 256. Pollock et M., I, 300 (mariage des fils) Bracton, f° 89 : *vendere maritagium.*

(3) Loysel, 4, 3, 24. Le caractère lucratif apparaît bien dans la faculté de transmettre la garde aux exécuteurs testamentaires (Littleton, § 123), de la donner à quelqu'un (Glanv., 7, 10), de la vendre aux enchères (*Ord.*, I, 460, a. 1309).

(4) Il acquiert aussi les meubles. Cf. acquisition des meubles, en cas de garde des églises, régale (ci-dessus, *Jus. spolii*). Il ne doit ni dégrader ni aliéner les immeubles. Glanv., 7, 9. Britton. 66. *Gr. C. Norm.*, 33. — Cf. en dr. allemand, Stobbe, II, 432 (*anevelle* ou *proventus bonorum* attribué au seigneur qui peut ou le garder pour lui ou l'attribuer à un tiers) : IV, 450 (*Anerbe* et *Bauergut*). — La *TAC. Norm.*, 11, 3, dit cependant : *exitus terre ponent in provectum parvulorum.* Cf. Anjou, Maine : déport de minorité (jouissance des deux tiers pour le seigneur).

(5) Richard de Normandie maltraité par Louis d'Outre-Mer. *Hist. Franc.*, 9, 52. Martène, *Ampl. coll.*, I, 621, Brussel, I, 313. Glose s. *TAC. Norm.*, 11 : *les seigneurs gastent les biens aux orfelins. Summa*, 31, 16.

(6) A° *Nourrir et élever les enfants.* Au moins s'ils n'ont pas d'autres biens. Norm., 218, 219 Beaum., 15, 19 : cf. 21, 14. *Gr. Coul* , 2, 29. Le seigneur justicier qui a la garde des mineurs sans fortune n'est pas tenu de les nourrir. — B° *Payer les dettes.* En prenant les meubles, ils auraient dû acquitter toutes les dettes. En Normandie et en Angleterre, le seigneur ne paya que les dettes échues durant la garde et jusqu'à concurrence de son émolument. Glanv., 7, 9, Norm., 215. Ailleurs, où la garde était subsidiaire

la perte du droit de relief (1), et la saisie de plusieurs fiefs peut être une source d'embarras pour le seigneur. C'est pour cela et à cause de la raison générale donnée plus haut, que la garde seigneuriale disparut (sauf en Normandie) (2); le seigneur dut donner souffrance au vassal mineur (3). Elle fut définitivement abolie le 6 mars 1790 (D., 15-28 mars 1790, I, 12) (4).

6. — Le **Bail** des fiefs (5) écarta à peu près partout la garde seigneuriale (6). Sous cette dénomination nouvelle on désigne

et n'avait guère lieu que pour les successions mauvaises, le seigneur se dispensait de payer les dettes en ne prenant pas les meubles. Beaum., 15, 13. De leur côté, les créanciers ne peuvent ni faire vendre les fruits ni saisir le fief.

(1) *Summa*, 31, 12 : *loco relevii debent proventus custodie reputari.* Ainsi s'explique la mutation du bail en rachat en Bretagne (ci-contre). Meslé, II, 77.

(2) En Normandie, le roi met aux enchères entre les parents du mineur le bail ou garde. Depuis le seizième siècle, il est fait don du bail au tuteur ou aux proches parents pour un prix nominal.

(3) *AC*, 28. Bout , 2, 29.

(4) Angleterre : abolie sous Charles II.

(5) Ci-dessus, Fiefs, Droits féodaux. Ragueau, *h. v°*. Du Cange, v^is *Bajulus, Ballum. Usat. Barchin.*, 103 : *tutores vel bajuli respondeant, si voluerint, pro pupillis.* Sous le Bas-Empire, *bajulare* signifie porter un enfant en parlant d'une nourrice. De là le sens de garder, gouverner. Viollet, p. 536, cite Tardif, *Mon. hist.*, p. 34 : *boves quos bajolat.* Sur l'emploi de ce mot en Italie, Pertile, III, 466 (VIII^e s.). — *Bail* s'applique plutôt aux biens, *garde* à la personne; mais le sens de ces deux mots n'est pas bien fixé. On remarquera que *bail* et *garde* signifient à la fois la fonction et la personne qui l'exerce; mais on qualifie aussi la personne de *baillistre, gardien*. Loysel, 176 : *bail, garde, mainbour, gouverneur, légitime administrateur et régentant sont quasi tout un.* 178 : *le mari est bail de sa femme.* — Textes nombreux. Cf. not. J. d'Ibelin, 170 et suiv., 243. Ph. de Navarre, 22. Beaum., c. 15 et suiv., 21. *Jostice*, p. 58, 221. *Et. de saint Louis*, édit. Viollet, II, 219 et 398 (*add.* Table, *h. v°*). P. de Font. c. 14. Artois, 29 et suiv. *Gr. C. de Fr.*, II, 41, 42 (p. 373 et suiv.) *L. d. droiz*, Table, *h. v°*. Bout., I, 93. Vermand., n° 320. Loysel, I, 4. — Cette institution féodale existe en Allemagne, en Italie. — *Add.* Beugnot dans son éd. de Beaum., I, 244 (textes). Britton, 66 J. d'Ibelin, 170 (note de Beugnot) Chassanaeus, *s. Burg.*, p. 852. Meslé, II, 74. Cauwès, *Gr. Encycl.*, v° *Bail. Rhdr.*, 14, 538.

(6) A quelle date? De très bonne heure, sans doute. Au treizième siècle, la garde seigneuriale est déjà une exception. Bret., *AC*, 78 : mutation du bail en rachat (1276); en quelque âge que soient les hoirs, le seigneur exigera le rachat et ne saisira plus le fief. Beaum., 15, 13, 19 : à défaut de baillistre, le seigneur tient le fief par défaute d'homme jusqu'à la majorité du vassal. Pothier, Introd. au t. des fiefs, C. d'Orléans, X, 315. Laurière, s. Loysel : le seigneur commença par confier le fief à celui des parents qui lui semblait le plus apte à rendre les services féodaux. Cf. Assise Geffroi, art. 3.

la tutelle légitime d'autrefois, dont le caractère archaïque a persisté pour des raisons particulières tirées de la nature du fief (1) ; le service féodal exigeant que le tuteur risquât sa vie, on lui laissa, pour prix des dangers qu'il courait, les avantages anciens dont il était beaucoup plus difficile de donner une justification pour les terres roturières.

A qui appartient le bail ? Le bail est déféré par la Coutume, car « *les baillies et gardes sont coutumières* (2) » tandis que les tutelles sont datives. Il appartient au parent le plus proche du côté d'où vient le fief, c'est-à-dire à l'héritier présomptif du fief, pourvu qu'il soit capable de le desservir (3). C'était, d'ordinaire, un collatéral et non un ascendant, car *feuda non ascendunt* (4) ; cependant, le bail fut aussi accordé, à titre exceptionnel, au père ou à la mère (5). Lorsque le mineur avait à la

(1) Tendance du bail à se transformer en tutelle dans l'intérêt du mineur. Artois, 29, 8 : le bail est pris en justice, sûretés et plèges au mineur, etc. (selonc lois escrites). *L. d. droiz*, 420, 768. *Const. Sic.*, III, 30 : obligation pour le bail de rendre compte.

(2) Loysel, 183. Cf. *L. de droiz*. n° 420. Bout., I, 93, p. 526 : celui qui a droit au bail le réclame en justice; p. 528 : il le rend en la cour du seigneur; dans les deux cas on procède par *rain et baston*, comme pour une aliénation.

(3) C'est-à-dire majeur (cf. Lorris, 48, 63. *L. d. droiz*, n° 876. Paris, 270). Beaum., 15, 2. J. d'Ibelin, c. 177. 172, impose à la femme baillistre l'obligation de se marier. Cf. Raoul de Cambrai et la réponse de sa mère, Aalais, quand l'empereur veut lui imposer pour mari un de ses fidèles, le Manceau Gibouïn : plutôt brûler dans un feu ardent que de donner au mâtin la place du lévrier! — *Gr. Cout.*, 2, 41, 29, Artois, 157. — Le second mariage entraîne la perte du bail pour la mère, mais non pour le père, d'après plusieurs Cout., Tour., 339. Blois, 2, 9, etc. — Enfin Loysel, 197, dit d'une manière générale que bail ou garde se perd quand le gardien se remarie. Ord. 1246 (Maine).

(4) *Jost.*, p. 221. Beaum., 15, 2, 14 (sœur); 16, 14 (frères). Desm., 256. *Gr. C de Fr.*, 2, 27, 28, 29 (aïeux), 41. *Cout not.*, 25. *Et. de saint Louis*, I, 17. Anjou, 89. Maine, 202. Bout., I, 93. Ragueau, v° *Bail.* — Même ordre qu'en matière de succession, Aînesse, Masculinité. D'Arbois, III, 139. Loysel, 188. *AC. Vermandois*, n° 285. *AC. Artois*, 19, 5. Beaum, 15, 7, 10. Voy. les Confér. de coutumes (Berroyer, Guénois).

(5) J. d'Ibelin, 170 : le père ou la mère qui ont le bail de leur enfant en ont aussi la garde, *pour ce que l'échette du fié ne peut venir à lui*. Beaum., 15, 9, donne au survivant des époux la garde du fief : cf. 21, 9; mais cette garde cesse quand l'un des enfants, devenu majeur, demande le partage et prend le bail des maînés : entre roturiers, il y a compagnie et point de garde; cas où la justice, à la requête des parents, ôte la garde au survivant dans l'intérêt des mineurs. En cas de secondes noces, rachat par le parâtre d'après Beaum., 21, 15. Loysel, 197 : *bail ou garde se perd par mésusage ou quand le gardien se remarie*. Paris, *NC*, 268. Artois, 157.

fois des fiefs paternels et maternels, il avait deux baillistres (1). Comme le baillistre, en sa qualité d'héritier présomptif, avait intérêt à faire disparaître le mineur pour s'emparer de ses biens, on confia la garde de la personne de celui-ci et son éducation à un parent qui n'avait pas de vocation à sa succession (ascendant, parent maternel) : *ne doit mie garder l'aguel qui doit en avoir la pel* (2). Pour le parent qui l'obtient, le bail est comme une succession anticipée (3) ; son intérêt étant surtout en jeu, il est libre d'y renoncer : *il n'accepte bail ni garde qui ne veut* (4).

Droits du baillistre. — Pendant la durée du bail, le baillistre avait les droits d'un propriétaire (5). Il prenait le titre attaché au fief, recevait l'hommage des vasseaux, pouvait exiger d'eux les services féodaux, exerçait les droits utiles attachés au fief (par exemple confiscation avec faculté de restituer en faisant grâce) (6) ; il était réputé vassal par rapport au seigneur dominant et réputé seigneur par rapport aux vassaux du mineur (7).

Parfois distinction entre le veuf et la veuve. Tour., 339. Melun, 285. *Bourg. AC.*, 106 : fils aîné à l'exclusion du père ou de la mère.

(1) Beaum., 15, 5.

(2) Cette modification coutumière au régime du *mundium* semble fort ancienne. On l'exprime par la formule : *la garde est aux ascendants, le bail aux collatéraux*. Ragueau, v^is^ *Garde, Gardien* Ph. de Nav., 20, 22. J. d'Ibelin, c. 168, 169 (crainte que la convoitise fît faire au baillistre la garde du loup). Beaum., 6, 8; 15, 10; 21, 4. *Et. de S^t^ Louis*, I, 117, *AC. Artois*, 29, 4. *L. d. droiz*, n° 466. Loysel, 176 (cit. de Fortescue). — Le dédoublement de la tutelle se retrouve dans l'ancien droit public, moins peut-être en vue de prévenir une usurpation de la part du régent que parce qu'il est difficile à celui-ci de s'occuper à la fois de l'éducation du roi mineur et du gouvernement du royaume ; cf. test. de Louis XIV confiant la régence au duc d'Orléans, la garde du roi au duc du Maine, Viollet, p. 540, 4. Ci-dessus, Régence. Époques féodale et monarchique, t. I. Const. 3-14 sept. 1791, 2. 1. L. sur la régence du 30-31 août 1842.

(3) Différence : indivisibilité du bail. Beaum , 15. 21. *Joslice*, p. 221. Ass. de Jér., *Clef des Ass.*, 259. Cf. cep. Blois, 4.

(4) Loysel, 179. Beaum., 15, 3, 4. *Olim*, II, 240 (a. 1284). Mais il n'est pas plus possible au baillistre d'en priver sa famille par testament ou vente qu'il ne pourrait la dépouiller d'un propre. Loysel, 196 : *bail ou garde ne se peut transporter à autrui*. Beautemps-Beaupré, IV, 169. Cf. cep. Norm., 215. Les bénéfices, fruits et revenus, pouvaient évidemment être cédés.

(5) Sur les fiefs seulement, et non sur les rotures qui pouvaient appartenir au mineur ; on ne lui accordait pas même la jouissance de celles-ci. Beaum., 15, 6.

(6) Martène, *Ampl. Coll.*, I, 1239. Ragueau, v° *Bail*. Boutil., I, 93 ; II, 15. Brussel, I, 23. Loysel, 191 (rachats).

(7) Cependant « baillistres ni tuteurs ne reçoivent aveux et ne les baillent. » Loysel, 195, 647, 648. Beaum., 45, 39. Paris, 43.

Il percevait à son profit tous les fruits et revenus du fief (1). Tous les meubles lui étaient acquis en pleine propriété (2). Au contraire, il n'avait pas le droit de disposer des immeubles, et, d'une manière générale, il ne lui était permis de faire aucun acte de nature à empêcher plus tard le mineur de reprendre son fief et d'en jouir utilement (3). La mauvaise administration du baillistre (4) l'exposait, dès le treizième siècle, à se voir demander une caution (5) ou même à la perte du bail (6) : *bail ou garde se perd par mésuage* (7), dit-on au seizième siècle, contrairement au droit ancien.

Obligations. — En retour des avantages qu'il retirait du fief, le baillistre était tenu de lourdes obligations : 1° prêter la foi et l'hommage (8), payer le rachat (9), rendre tous les services féodaux à ses frais (10); 2° pourvoir à toutes les dépenses de l'enfant (11); 3° enfin, payer les dettes du défunt (12), qu'elles

(1) *Jostice*, p. 58, 221. *Gr. Cout.*, 2, 28 (qui oppose ici la tutelle des pays de droit écrit au bail coutumier. *Et. de saint Louis*, I, 17. Beaum., 15, 27 (louage sans fraude). Vermand., *AC*, 280. Lorris, 37. — Acquisition par le mineur. Cf. Beaum., 14, 30. *Sachsensp.*, I, 23, 2.

(2) Beaum., 15, 10. P. de Font, 15, 40. *Gr. Cout.*, 2, 27; 2, 41; 1, 29. *Cout. not.*, 25. Boutil., I, 93, Brussel, I, 218. Ce droit sur les meubles lui fut enlevé peu à peu D'Arbois de Jub., 1851, p. 162.

(3) P. de Font, 14, 9. Beaum., 15, 8, 28. L'obligation (hypothèque) du fief n'est valable que pour la durée du bail. Ib., 15, 15; 28, 6. La saisie du fief a raison d'un délit du baillistre n'avait effet que durant le bail. Ib., 14, 17. La forfaiture du baillistre n'entraînait point la commise au préjudice du mineur. Ib., 15, 9. Il n'a pas le droit de faire aveu ou désaveu, car le vassal maldésavouant perd son fief. Ib., 45, 39. Loysel, 1, 4, 20.

(4) Obligation de tenir les terres *in bono statu*. *Et. de saint Louis*, I, 17. *Jostice*, p. 58. *Gr. Cout.*, 2, 29. Beaum., 15, 11 et 12.

(5) Beaum., 15, 12. Cf. Amiens, 131, qui ne donne au pupille que le droit à une indemité.

(6) *Et. de saint Louis*, I, 27. Marche, 75. Melun, 292.

(7) Loysel, 197 : ou quand le gardien se remarie et finit par la majorité ou décès du mineur.

(8) Ass. de Jér. Geoff. le Tort, 18. Beaum., 14, 17; 15, 3. Bout., 1, 93. *Gr. Cout.*, 2, 29. *Jostice*, p. 254. La Thaumassière, *Cout. de Berry*, p. 344.

(9) Beaum., 15, 3, 8 (sûreté pour le payement). *Gr. C.*, 2, 32; 2, 29. Cf. d'Arbois, 1851, 141. Ord. 1246. Mais le rachat n'est pas dû en l. directe. Beaum., 15, 10. *Jost.*, p. 243. *Gr. C.*, 2, 27, p. 291. Desm., 194, 206. Loysel, 191 et suiv., 195, 199. Si la mère convole en secondes noces, rachat par le parâtre. Le tuteur n'entre pas en foi et ne paye pas le rachat.

(10) Marnier, *AC. de Picardie*, p. 7.

(11) Ph. de Nav., 20. J. d'Ibelin, 170. *Et. de saint Louis*, I, 121. Beaum., 15, 6; 21, 12. Anjou, 89 (quotité fixe). En général, appréciation du juge. Cf. Wis., 4, 3, 3.

(12) Le passif suit l'actif mobilier. Cf. Succession, *Olim.*, II, 95, 240. Beaum.,

fussent supérieures ou non à l'actif mobilier reçu : les legs, exclusivement mobiliers à l'origine, étaient, comme les dettes mobilières, à la charge de l'héritier des meubles, et, par suite, du baillistre (1) : *Qui bail prend quitte le rend* (2).

Le **bail cesse**, en principe, à la majorité du vassal (3) : mais il dépend de lui de le prolonger indéfiniment en ne demandant pas la restitution de ses biens et pourvu que le baillistre ne le contraigne pas à les reprendre (4).

7. — La **garde noble**. — Avec le temps, les obligations féodales, comme le service militaire, ayant disparu, le bail des collatéraux n'avait plus de raison d'être. Il fut supprimé dans beaucoup de Coutumes, par exemple dans celle de Paris (5), et l'on ne trouve comme institution correspondante, à l'époque monarchique, que la *garde noble* attribuée, d'ordinaire, aux seuls ascendants ou même uniquement aux père et mère. La *garde noble* n'est que l'ancien bail conservé au profit de cette classe de parents (6) qui ont toujours joint la garde de la personne, privé de beaucoup de ses effets (7), devenu un privilège nobiliaire (8). L'acceptation, — encore *facultative* pour les ayants

15, 3, 4, 10, 16. *Jost.*, p. 221. Artois, 29. *Jost.*, p. 58, 221. *AC Verm.*, 280. Ord. 1246. *Gr. Cout.*, 2, 41. Desm., 185. *Cout. not.*, 25, 28, 100. Bout., I, 93. — Le créancier ne pouvait agir contre le mineur devenu majeur que si le baillistre était insolvable ou absent, ou si lui-même créancier était absent, ou encore si la dette venait à échoir après le bail. Beaum., 15, 16 à 26.

(1) Beaum., 15, 10. *Anc. C. de Picard.*, p. 7. Cf. Bout,, I, 93.

(2) Loysel, 186. Beaum., 36, 14, 16; 15 (I, 244, éd. B). *Gr. Cout.*, 2, 41.

(3) Autres modes : Loysel, 197.

(4) Beaum., 15, 14 : prolongation tacite (sans fraude aux droits du seigneur).

(5) Ferrière, s. Paris, t. 12. Guyot, v° *Garde*. Renusson, *Tr. de la garde*, 1743. Meslé, II, 74. Cf. Stobbe, § 119, IV.

(6) Abandon de la règle *Fiefs ne remontent*. Ci-après, Incapacités. Loysel, 184. Déchéance, Paris, 268. Suppression par contrat de mariage. Pothier, n° 45, etc.

(7) Ainsi, du moins à Paris, il ne rend pas la foi et l'hommage, car souffrance est accordée au mineur; il ne paye pas le rachat. *AC*, 32, *NC*, 46. Exemption du dr. d'enregistr., L. 20 sept., 9 oct. 1791. Tandis que le baillistre est un véritable vassal, le gardien noble est un simple usufruitier, obligé de jouir en bon père de famille, ne gagnant plus les meubles, perdant son droit par le mésusage.

(8) *Secùs*, Beam., 15, 23 : bail des roturiers qui ont un fief. A l'inverse, garde de la censive qui appartient au mineur noble. Ib., 21, 10. C'est la qualité des biens qu'il faut considérer et non la condition des personnes. — Cf. *Gr. Cout.*, 2, 41. Pothier, n° 31 : les Coutumes ne déférent la garde noble qu'aux nobles et sur des nobles. A ce moment donc, le bail ne dépend

droit, — se fait en justice (1). Le trait qui rapproche le plus la garde noble du bail, c'est qu'elle emporte un droit de jouissance) mais il est moins étendu ; il ne porte que sur la succession du père ou de la mère prédécédée (2) ; les biens donnés ou légués au mineur, ceux qui lui sont échus par voie de succession d'ascendants ou de collatéraux ne sont pas sujets à cet usufruit ; ils sont administrés par un tuteur qui n'acquiert pas les fruits et qui peut être, d'ailleurs, le gardien noble lui-même. Quant au gain des meubles, la Cour de Paris ne l'accorde pas au gardien, et, par suite, elle l'oblige à faire inventaire (3), sans aller jusqu'à exiger une caution (4). Ses obligations consistent à pourvoir à l'entretien du mineur, à administrer les biens et à acquitter les dettes (5) ; cette dernière charge, assez difficile à justifier là où le gardien n'a pas les meubles, est regardée comme la compensation du gain des revenus ; on remarque dans la jurisprudence une tendance à restreindre l'obligation du gardien sous ce rapport, et plusieurs Coutumes ne le regardent pas comme tenu *ultra vires* ; à Paris et à Orléans, on envisage la garde noble comme une sorte de forfait où le gardien risque de perdre ou de gagner : on l'oblige à acquitter toutes les charges même au-delà de son émolument. A la différence du tuteur, le gardien ne représente pas le mineur ; il agit *proprio nomine*, à raison de son droit propre ;

plus de la qualité des biens, mais de celle des personnes. Il ne se règle plus d'après la capacité spéciale requise pour le service du fief. Dès lors, la garde noble porte sur tous les biens du mineur. Paris, 267. Cf. Bout., I, 93, p. 526, 528. Ci-dessus, Indivisibilité du bail. — L'expression *garde noble* n'eut, d'abord, rien de technique.

(1) Paris, 269 et les Comment. *Secùs*, Orl., 23 : acquisition de plein droit, sauf renonciation. — La renonciation est regardée par nos anciens jurisconsultes comme contraire à la bienséance.

(2) Tours, Loudun, Pothier, Renusson, etc. Usage général. Cf. Nov. 118, 2. — *Secùs*, Anjou, Maine, Péronne. Dumoulin, Bacquet, de Laurière. Paris, *AC*, 99 et 100 ; *NC*, 267, 270, 46.

(3) *Meubles ne tombent en garde*. Comme la C. de Berry, qui donne cep. les meubles au gardien. Sanction : Dumoulin, s. Bourb., 174. Paris, 240. Preuve par commune renommée.

(4) *Secùs*, Beaum., 15, 31 ; 21, 18. *A. C. Picard.*, p. 6. Bout., I, 93. Arrêt de 1309 (*Olim*). L'acceptation en justice emporte hypothèque générale.

(5) Pothier, n° 86. C. civ., 385, 3 et 4. — A la différence de ce qui avait lieu pour le bail, le mineur n'était pas libéré vis-à-vis des créanciers ; ceux-ci pouvaient le poursuivre, sauf au gardien à l'indemniser. — Paris, 267. Renusson, c. 7. Fr. Duranton, *Rhdr.*, 1858, 47.

dès lors, il ne peut pas plaider sur la propriété des biens, car il n'en a que la jouissance (1).

8. — La **garde**, que nous appellerons *roturière* (2) pour la distinguer de la garde noble et de la garde bourgeoise, s'appliquait aux biens non nobles (3) : *en vilainie, cotterie ou roture n'y a bail* (4). Et la différence principale entre le bail et la garde était que celle-ci ne donnait point la jouissance des biens; comme le censitaire n'avait qu'à payer une redevance pécuniaire et non à exposer sa vie ainsi que le vassal, il n'y avait pas lieu de lui accorder un avantage aussi grand. De bonne heure, sans doute, la garde roturière avait perdu le caractère usufructuaire de l'ancienne tutelle (5). Quand le bail se changea en garde noble, la garde roturière fut attribuée moins à raison de la nature des biens, que de la qualité des personnes; elle appartint aux roturiers sur les roturiers. Le plus proche parent du mineur (6) prenait la garde de sa personne (7) et administrait

(1) Pothier, n° 73. Paris, *NC*, 270 : on nomme un tuteur ou un curateur pour les procès du mineur. Frais : le gardien en fait l'avance d'ap. l'usage du Châtelet. C. civ., 613.

(2) Cf. Beaum., c. 15, 16, 21. *AC Verm.*, 289. Glasson, 7, 198 : *garde simple*. Pollock et M., 1, 302 : garde en socage. Glanville, 7, 9. Bracton, f° 86.

(3) Appartenant à des nobles ou non nobles. Beaum., 15, 4. Naples, adage : *bailliusin feudis, tutor in burgensaticis*.

(4) Loysel, 189. Beaum., 15, 7, 23. *Et. de saint Louis*, 2, 18. *Gr. Cout.*, 2, de garde. — S'il y a compagnie entre le survivant des époux et les mineurs. Beaum., 15, 10 (Continuation de communauté), ce qui n'est possible qu'entre roturiers, il ne peut être question de garde. Ibid., 21, 9, 10, 23. Beaum., 15, 7 : *en vilenage n'a point de bail, mais quant vilenages vient à enfans sousaagiés et il n'i a point de fief, par quoi nus se traie au bail : li plus prochiens du lignage as enfans puet, s'il veut, avoir la garde des enfants et esploitier les vilenages pour les enfans, par seurté fere as amis ou à le justice, se li ami ne le requierent, de rendre bon conte as enfans quant il seront aagié, les despens et les cous resnables des enfans rabatus. Ne il puet chaloir à prendre tel garde de quel costé li plus prochiens qui prent le garde, apartient as enfans, ou du costé dont l'eritage vient ou d'autre*. Meslé, II, 115. — En droit allemand, cf. *Interimswirthschaft des Bauerngüter*, Stobbe, § 135.

(5) Cf. le *sponderagium* de la Cout. de Toulouse (de *spondere*). Le *spondarius* ou tuteur testamentaire ne fait pas d'inventaire, ne donne pas de caution, est cru sur son serment au sujet de l'administration de la tutelle, peut vendre les biens du mineur à la suite de trois publications. Réformes de l'*Arrestum Sane*, inscrit à la suite du ms. de la *Cout. de Toulouse*, éd. Tardif, *i. f.* Pollock et M., 303 : les Provisions de Merton obligent le tuteur à rendre compte.

(6) Paternel ou maternel, que les biens vinssent du père ou de la mère. Beaum., 15, 32 (cas d'exclusion); 16, 16, 17. Cf. 21, 18.

(7) Délits du mineur. Beaum., 21, 20, 21.

ses biens (1); il n'en avait pas la jouissance (2), n'avait droit ni aux meubles ni aux créances, devait mettre en réserve les fruits et revenus, ne payait pas les dettes, était tenu de rendre compte et de donner caution (3). La garde roturière se rapprochait cependant du bail en ce que, comme celui-ci, elle n'était pas imposée (4); Pothier atteste cependant que les Coutumes variaient et qu'il y avait tendance à contraindre à accepter la garde. A tous autres égards, cette institution n'était guère qu'une tutelle légitime sous un nom coutumier. Elle s'éteignait, comme la garde noble, par la majorité ou le mariage (5), l'abus de jouissance (6), le second mariage du conjoint survivant (7).

9. — La **garde bourgeoise** (8), survivance remarquable de la tutelle usufructaire, dont nos anciens auteurs attribuaient à tort l'origine à des lettres de Charles V de 1371 (9), était une sorte de garde noble sans obligations féodales au profit des seuls bourgeois de la ville et faubourgs de Paris (10). Elle n'appartenait, au moins au seizième siècle, qu'au survivant des père et mère (11)

(1) Beaum., 15, 12, 7, 10.

(2) Id., 14, 30; 21, 14; 15, 6.

(3) Beaum., 15, 5, 7. 12 : aux parents ou au seigneur justicier, si les parents ne l'exigent pas. Cf. 21, 18. Bout., I, 93.

(4) Beaum., 15, 7, 9 (comparaison), 29.

(5) Desm., 249. *Gr. C.*, 2, 12. Beaum., 15, 29. Cf. Majorité, Emancipation.

(6) D'après Beaum., 15, 12, le seigneur exige seulement des garanties.

(7) Ci-contre. Modific. à l'anc. dr. Paris, *AC*, 99, 100. *AC. Verm.*, 289. *A fort.* inconduite de la veuve.

(8) Ferrière, s. le t. 12 de la C. de Paris et les auteurs cités. Guyot, v° *Garde noble* Meslé, II, 94, 107. Cauwès, *Gr. Encycl.*, v° *Bail.*

(9) Ferrière, v° *Garde* : 9 août. D'autres, 3 juillet. *Ord*, V, 418. Cf. Isamb., VI, 688 (lettres de Charles VI. du 5 août 1390). Glasson, VII, 201, mentionne deux Ord. de Charles VI, de 1390 et de 1409. Cf. Chopin, s. Paris, I, 2. Paris, 265.

(10) *Cout. not.*, 157 : garde roturière dans la prévôté et vicomté de Paris, *excepté que en la ville et banlieue de Paris, le père ou la mère ou l'ayol ou l'ayole ayant la garde d'enfans meneurs font les fruits leurs par le bénéfice de garde des choses mouvans en censive et n'en sont tenus de rendre compte.* Paris, *AC*, 101; *NC*, 266. Viollet, p. 536, 3, cita un Style du Châtelet, *ms. fr.*, 1076, f° 22 : les ascendants ont à Paris, mais seulement dans les faubourgs, la garde des roturiers; ils font les fruits siens, ne payent pas les dettes, n'entretiennent pas les héritages. Cf. *Gr. Cout.*, II, 41. *Add.* quelques coutumes, par exemple Calais.

(11) *Gr. Cout.*, 2, 41 (p. 373 et suiv.) : *le survivant a la garde des biens meubles des enfants après l'inventaire... sans bailler caution quand celui survivant est de bon nom et possidens immobilia sufficientia ad restitutionem, alias non.* Paris, *NC*, 269 : caution en tous cas.

et nullement aux aïeux. Elle conférait la jouissance des biens du mineur (1), mais non la propriété des meubles, et elle cessait à la majorité (14 et 12 ans), qui n'était pas la même que pour les nobles.

10. — **La tutelle moderne** (2). — Sauf quelques vestiges des anciens droits de famille et de la législation féodale, on est arrivé à la conception romaine de la tutelle (3) ; c'est une charge publique organisée dans l'intérêt du mineur (4). Evolution remarquable pour la réalisation de laquelle il n'a fallu rien moins que la désagrégation de l'ancienne famille, l'affaiblissement des droits des parents, l'extension des attributions de l'Etat, l'introduction dans la procédure et dans le droit civil du principe nouveau de la représentation (5). Les changements qu'elle entraîne portent : 1° sur la nomination du tuteur ; 2° sur le contrôle de sa gestion ; 3° sur la capacité du mineur. Tous convergent vers une plus complète et plus intelligente protection du mineur.

11. — **En France, toutes tutelles sont datives** (6). — A

(1) Cf. usufruit romain des biens adventices, et C. civ., 386.

(2) Voy. les auteurs d'Institutes, Pothier, Bourjon, etc., et les traités spéciaux comme ceux de Ferrière, Meslé. Masuer, t. 5. *L. d. droiz*, 61. Arr. de Lamoignon, tit. des Tut. Edit déc. 1732. Règl. sur les tut. en Bretagne (Meslé, II, 259). Sur la Normandie, cf. arr. de règl. du Parl. de Rouen, 1673. Cauvet, *Obs. s. le règl. des tutelles*, 1777. Cauvet, *R. de lég.*, 32, 100. Flandre : Deghewiet, p. 67. Lombardie : Lattes, *Dir. consuet.*, 275. Sicile : Brünneck, *Sicil. Stadtr.*, 69.

(3) Ce qui ne veut pas dire qu'on ait purement et simplement remis en vigueur les lois romaines. Astruc fait très bien ressortir les différences qu'il y a entre ces lois et l'ancienne pratique. Mais on a beaucoup emprunté au droit romain. Au contraire, en Allemagne, malgré son travestissement romain, la tutelle est surtout une institution coutumière. Heusler, II, 508. Stobbe, IV, 451, 12, constate que la tutelle usufructuaire avait disparu avant la réception du droit romain. *Mir. de Souabe*, II, 52. Comment on en est venu à ne plus distinguer la tutelle et la curatelle, cf. Stobbe, § 264. Ci-après, Curatelle : *tuteur et curateur n'est qu'un.*

(4) On peut dire qu'au quatorzième siècle, l'idée de protection du mineur l'emporte ; à partir de ce moment, elle pénètre de plus en plus la législation et la pratique. — Salaire au tuteur. Stobbe, IV, 452 (acte de 1443). — Les *Const. Sic.*, III, 30, obligent le bail à rendre compte. En Sardaigne, la tutelle usufructuaire n'a disparu qu'en 1827. Pertile, III, 405.

(5) C'est surtout dans les villes qu'elle se produit d'abord ; les communautés comme celle dont il est question dans les *MGH. SS.*, XX, 792, qui comprenaient cinquante personnes, ne se rencontrent plus qu'à la campagne.

(6) Loysel, 181, 183. Astruc, p. 26 : même en pays de droit écrit. La tutelle dative, c'est-à-dire déférée par l'autorité publique, a été concédée tantôt

défaut de bail ou de garde, ou même concurremment avec le bail ou la garde, il y a lieu de nommer un tuteur au mineur (1). —

par le juge, tantôt par les conseils de ville; en France, la délation des tutelles est réservée, à l'époque monarchique, aux seuls juges. — Les trois sortes de tutelles romaines, — légitime, testamentaire, dative, — coexistent par exception dans certaines Coutumes, Bourb., Auv., Niv., etc. Orl. 28, 178. Cf. Flandre, Hainaut. Boulé, Britz. De sorte que Lamoigne est obligé d'écrire dans ses *Arr. Tut.*, 2 : Abrogeons les tutelles testamentaires, légitimes, coutumières et naturelles. — De même dans les pays étrangers, on rencontre fréquemment la distinction romaine. Stobbe, IV, 436. En Allemagne, cependant, les Ord. de 1548 et de 1572 prescrivaient d'investir le tuteur par décret. — Angleterre : tutelle du père, de la mère, des ascendants; ce sont des tuteurs naturels; le père n'a pas la jouissance légale des biens de ses enfants; il en est l'administrateur comptable. Les *Siet. Part.* distinguent, comme les lois romaines, trois sortes de tutelles. Id. Italie. — Pertile, III, 410 : tutelle conventionnelle, par exemple par contrat de mariage. Kraut, I, 263. — M. de Souabe, I, 58; II, 116. *Rhdr.*, 165. Chassan., s. *Bourg*, éd. 1552, p. 853.

(1) **Ouverture de la tutelle.** — 1° *Tant que le mineur a son père et sa mère*, il est soumis à la puissance paternelle; celle-ci exclut la tutelle. Il en fut toujours ainsi en pays de droit écrit par suite du maintien de la *patria pot.* romaine, qui emporta toujours comme attribut l'administration des *bona adventitia* du mineur, par exemple des biens compris dans la succession de la mère. En pays de Coutumes, quand on reconnut au mineur le droit d'avoir un patrimoine propre, l'administration en fut confiée au père en qualité de baillistre ou gardien, avec toutes les prérogatives attachées à ces titres; en dehors du bail ou de la garde, il gère les biens du mineur, disent les auteurs du dix-huitième siècle, comme un tuteur; mais on ne lui donne pas ce nom, et son administration n'est pas réglementée comme la tutelle. Cf. Priv. de Biscaye, 22, 65. — Angleterre : le père est *tenant by the law of England* des terres venant à l'enfant de sa mère ou de ses parents maternels. Pollock et M., II, 437. — Allemagne : un acte de 1279 montre, à côté du père, un tuteur, mais le père est-il veuf? Stobbe, § 265. Cas où le père devient incapable, où la justice doit le priver de ses pouvoirs. — 2° *Mort du père ou de la mère.* Le bail ou la garde passent au survivant. La mère a été admise à la tutelle. Quant au père, à l'origine, sans doute, le prédécès de la mère ne changeait rien à sa situation. Mais de très bonne heure on observe une tendance à restreindre ses droits et à le réduire au rôle de simple tuteur. Beaum., 21, 20 (privation du bail ou de la garde). Du temps de ce jurisconsulte, il peut aussi se faire que la garde soit exclue entre roturiers, parce qu'il subsiste une communauté dont le survivant des époux est le chef. Au dix-huitième siècle, les auteurs constatent que le père peut être exclu de la tutelle par le conseil de famille. — 3° En général, on peut dire que la tutelle s'ouvre au décès de l'un des époux, à défaut de bail ou de garde : a) quand le mineur n'a pas de parents qui puissent être baillistres ou gardiens; b) quand les parents refusent le bail ou la garde (Beaum., 17, 2); c) en cas de déchéance du bail ou de la garde, ou même à la suite de la mort du baillistre ou gardien : Pothier, *Garde noble*, n° 41, dit qu'il ne peut y avoir qu'une garde des mêmes mineurs, c'est-à-dire que la garde ne se défère qu'une fois, elle ne se réitère pas; ainsi quand le père ou la mère qui ont la garde noble de leurs enfants

On ne connaît plus de *tuteurs nés*; l'élection se fait dans une assemblée de parents convoqués devant le juge à la requête du plus proche : le tuteur est pris, en principe, parmi les parents convoqués : mais comme il faut qu'il soit *idoine* (intelligence et moralité), *capable* et *suffisant* (biens), l'assemblée a de grands pouvoirs d'appréciation et peut faire porter son choix sur un parent éloigné (1); à défaut de parents, on désigne un voisin, un ami. Le juge investit par décret le tuteur nommé par les parents (2). — La *tutelle testamentaire* a disparu aussi bien que la tutelle légitime, dans les pays de droit écrit comme dans les pays de Coutumes : ce n'est pas qu'on n'ait égard à la nomination faite par le père ou même par la mère dans leur testament; mais la confirmation du juge est toujours nécessaire dans les formes précédentes, et c'est de là que le tuteur tire ses pouvoirs (3). — En principe, la tutelle ne saurait appartenir aux

mineurs viennent à se remarier ou à mourir, la garde finit et ne retourne point aux aïeux; marque frappante de la défaveur dans laquelle était tombée cette institution archaïque.

(1) Masuer, 5, 17, constate encore la préférence accordée anciennement aux parents paternels. Sur les parents maternels, cf. *Schwabensp.*, 59. Kraut, I, 170. — Les proches parents qui ne provoquent pas la nomination d'un tuteur sont privés de sa succession.

(2) Sur cette procédure, cf., pour plus de détails, Astruc, p. 45, et les auteurs cités. Pothier, etc. Masuer, *loc. cit.* Imbert, *Enchir.*, v° *tutela*. Rebuffe, *De sent. prov.*, 2, 2, 6. — Responsabilité des parents nominateurs dans le Midi, en Normandie. *Disseus domin.*, p. 65. — Italie : sur le choix des parents comme tuteurs, cf. Pertile, III, 408.

(3) Pothier, s. Orl., 183; *Pers.*, n° 145. Prévôt de la Janès, I. 16. Il y a quelques Coutumes, cependant, où elle s'est introduite. Bourges au douzième siècle. *Ord.*, I, 22. Bourb., 177. Auv., 11, 1. Niv., 30, 1. D'Arbois de Jub., *R. de lég.*, I, 295 (doc. inédit). Assise du comte Geffroi, 3 (origine féodale?). *L. d. droiz*, 420, 896. Masuer, 5, 3, 4. Beaut.-Beaupré, *Liger*, 785, Résistances des tuteurs légitimes (acte de 1349 en Bourgogne). En Italie, en Allemagne, tuteurs testamentaires de bonne heure. A Milan, 1152 : cf. *Consuetud.*, 8, (a. 1216) : *tut. testamentarii, legitimi, dativi*. Fribourg, 34. *Schwabensp.*, 65, 22. Acte de 1273 (cité par Heusler, II, 499) dans lequel les agnats renoncent à leur droit de tutelle en même temps que le père nomme un tuteur. Stobbe, IV, 436. Kraut, I, 202. Souvent les exécuteurs testamentaires sont en même temps tuteurs. Montp., 1205, 7 (*gladiatores*); cf. Toulouse, 5, 8, 49, 160 (*spondarius*, caution, tuteur testamentaire). — La tut. test. se rencontre aussi en Angleterre (où le père peut céder ses droits naturels au gardiennage), en Espagne. Dans les pays de droit écrit, les auteurs semblent en désaccord (Argou, Boutaric, Serres, etc.); il faut s'en tenir à la formule d'Astruc qui explique leurs divergences, p. 26 : on respecte *infiniment* la nomination des tuteurs que les pères ont fait par leurs testaments; mais comme il faut que les tuteurs testamentaires se fassent

femmes ; il n'y a d'exception que pour la mère et l'aïeule, regardées en pays de droit écrit et dans plusieurs coutumes comme des tutrices légitimes (1). — Sauf les cas d'excuse légale, la tutelle ne peut être refusée (2).

12. — **Pouvoirs du tuteur.** — A° *Sur la personne du mineur.* Comme le tuteur tient lieu de père au mineur, ces pouvoirs sont, en principe, les mêmes que ceux du père, mais avec des restrictions (correction, consentement au mariage) (3). — B° *Sur*

confirmer par le juge et prêtent serment devant lui, c'en est assez pour les regarder comme datifs. Id., Reims, 329. Auxerre, 258, etc. Edit 1732 (Bretagne). Cf. Alais, 19. *Rhdr.*, 15, 161.

(1) La **tutelle de la mère** et de l'aïeule remontent au Bas-Empire. Cod. Just., 5, 35, 2; 30, 4. Cf. Auth., *Matri et Aviae*, Nov. 118, 5, et *Sacramentum*, Nov. 94, 2. *L. Rom. Wis.*, Cod. Théod., 17. Nov. Théod., II, 5. Papien, 36, 4. *Petrus*, I, 3. Elles se trouvent déjà dans les l. des Burg. et des Wis. Salis, *ZSS*, 1884, p. 150. *Siete Part.*, 6, 16, 4. Italie : Pertile, III, 409. Elles sont parfaitement logiques dans une législation où la tutelle est tout en faveur du mineur, nul plus que la mère ou l'aïeule n'ayant à cœur ses intérêts. En *pays de droit écrit*, elles sont tutrices légitimes, mais on ne leur impose pas la tutelle; si elles veulent s'en charger, elles ne sont pas tenues, comme à Rome, de renoncer aux deuxièmes noces (Auth. *Sacramentum*) et au sénatusconsulte Velléien (usage). Bugnyon, I, 94. Si elles se remarient, il dépend des parents et du juge de leur déférer la tutelle ; mais quand elles le font sans faire pourvoir le mineur d'un tuteur, elles perdent à la fois sa tutelle et sa succession. L'inconduite de la veuve lui fait aussi perdre la tutelle. En *pays coutumier*, les mêmes règles s'appliquent en général, mais la tutelle de la mère et celle de l'aïeule sont datives. Cf. *Arr.* de Lam., *Tut.*, 20. Beaum., 21, 8, 21, 24, montre la mère survivante à la tête de la communauté qui subsiste après le décès du père; en ce cas, il n'y a pas lieu à tutelle. Cf. 16, 7. Heusler, § 50. Viollet, p. 641-673. Il se peut aussi qu'elle ait le bail ou la garde du sous-âgé. Dans le dernier état du droit, la Cout. de Paris donne encore à la mère la garde noble et la garde bourgeoise. — *Rhdr.*, 15, 163 : actes du quinzième siècle où les parents donnent la tutelle au frère, à un étranger en présence de la mère non remariée. Cf. t. I. (garanties en cas de tutelle de la mère). — Dr. anglais : la mère est tutrice de plein droit à défaut de tuteur testamentaire. Schrœder, p. 733. — Bâtards : Meslé, I, 192; II, 288, 295. Ferrière, *Tut.*, p. 24. Ci-dessus.

(2) Beaum., 16, 3. Boutaric, *Inst.*, I, 25. Astruc, p. 119, etc. *Siete Part.*, 6, 17. Mantoue, treizième siècle, II, 57 : *nullus compellatur tutelam et curam alicujus accipere.* Aoste, II, 2, 30, exclut de l'hérédité du pupille celui qui refuse la tutelle sans motif. — Incapacités, *L. d. droiz*, 916. *TAC*, *Bret.*, 67. *Const. leg. Pis.*, 21. M. de Souabe, I, 58. Schrœder, p. 733. Stobbe, IV, 442.

(3) Ci-contre, p. 113, t. II. Sur l'éducation des pupilles, cf. Astruc, p. 86.— Stobbe, § 268. *Bail à nourriture* (Bourgogne, Champagne, Lorraine) : un tiers se charge de nourrir le pupille moyennant une somme; le tuteur a besoin de l'avis des parents pour ce contrat; les abus auxquels il donne lieu obligèrent les Parlements à intervenir. Ferrière, *h. v° Encycl. méthod.*, *h. v°*.

les biens. Le tuteur représente le mineur en toutes circonstances (*factum tutoris, factum pupilli*) (1). Pour tout ce qui concerne l'administration, *domini loco habetur* (2). Mais son pouvoir ne s'étend pas jusqu'aux aliénations volontaires des immeubles (3). Il serait responsable de sa mauvaise gestion, responsable s'il accomplit un acte grave sans avis des parents (procès (4), s'il dispose des immeubles sans les conditions requises (nécessité constatée par justice à la suite d'avis de parents et vente en justice) (5).

13. — **Garanties dans l'intérêt du mineur** (6). — Les unes sont morales, comme la prestation d'un serment (7), les autres matérielles, telles que la confection d'un inventaire (8), la red-

(1) Sur la représentation en justice, cf. ci-dessus, p. 163, t. II. Stobbe, § 268, II, Angleterre : le mineur peut intenter une action par son tuteur ou par son *prochein amy* (personne quelconque).

(2) Dig., 26, 7, 27. Pothier, *Pers.*, 162 et suiv. Il ne prête pas son *auctoritas* au pupille, comme à Rome, mais si celui-ci agit assisté du tuteur, c'est comme si le tuteur avait agi seul. Il plaide pour le pupille. Beaum., 3, 18; 12, 45; 17, 6, et ci-dessus. *Const. du Chât.*, 2. Loysel, 187. Isamb., 4, 385 ; 1, 186. Cf. *Siete Part.*, 6, 16, 17.

(3) *TAC. Norm.*, 7, 4, Artois, 27, 15.

(4) Usage de faire taxer par le juge la dépense du pupille. Emploi des deniers pupillaires sur avis des parents et ordonnance du juge (*baux à intérêts* à Orléans, jusqu'en 1726) sous peine d'engager la responsabilité du tuteur (Pothier, *Pers.*, n° 176), par exemple à partir de 100 pistoles. Stobbe, IV, 461, cite le *Brünn. Schœffenb*, 144 : *non est necessitas curatoribus minorum pecunias fœnerare* (crainte de perdre le capital), *sed caute reponere et servare*. Münich, 421 : dépôt entre les mains du conseil de ville qui paye l'intérêt à 1 pour 10. Baux de six et neuf ans, suivant que les biens sont urbains ou ruraux. Meslé, I, 151. *TAC Bret.*, 75. Emprunts, Ferrière, *Tut.*, p. 237. *Rhdr.*, 15, 184.

(5) Desmares, 12 (*auctoritas tutoris vel curatoris, consensus amicorum carnalium, decretum*, et encore suppose-t-on ces biens grevés de dettes). P. de Font, 165 (transaction), Cf. p. 83. *Gr. C. de Fr.*, p. 370, *TAC. Bret.*, 71. Toulouse, 5, 100. Lamoignon, I, 85. Meslé, 191. Ferrière, *Tut.*, 228, 355. Guyot, Ferr., *Dict.*, v° *Aliénation*. Ord. 1667, 33, 13. Britz, p. 567. *Siete Part.*, 6, 16, 18. Sur le droit allemand, cf. Stobbe, IV, 462 (cas d'aliénation nécessaire, *echte Noth*) : les Ord. 1548, 1577 exigent un décret pour la régularité de l'aliénation. Pertile, 3, 402.

(6) Abus dans le Midi, où les tuteurs dilapident les biens des mineurs. L'Ord. des réformateurs pour le Languedoc, connue sous le nom d'*Arrestum Sane* et transcrite à la suite des Coutumes de Toulouse, dut y remédier en prescrivant des serments, cautions, inventaires. Casavet., f° 70. Tardif, *Droit privé au XIII^e s.*, p. 42. *Jostice, p.* 69, 79 (surveillance des baillis sur les tutors et curators). Cf. Beaum., 15, 12 (bail et garde).

(7) Caution juratoire. Masuer, 5, 17, 31. *Siete Part*, 6, 19, 9.

(8) Meslé, I, 107. Pratique qui a précédé. Estimation en dr. scandinave. Stobbe, IV, 456. — Ass. de Jér., *C. des B.*, 53. *L. d. droiz*, 921 (dispenses).

dition (1) des comptes, l'hypothèque tacite sur les biens du tuteur (2); cette hypothèque remplaça vers le seizième siècle le gage et les cautions (3). En pays coutumier, on donne toujours un **subrogé tuteur** au pupille; c'est le curateur des pays de droit écrit qui est devenu permanent (4); on le nomme une fois pour toutes, au lieu d'en désigner un nouveau chaque fois qu'il est nécessaire; il intervient en cas de conflit d'intérêts entre le mineur et le tuteur (5); il est chargé de veiller à la confection de l'inventaire; il provoque la réunion d'**assemblées de parents** pour destituer le tuteur qui malverse (6). L'action des parents (7),

(1) On retrouve là des pratiques romaines. *Add.* vente des meubles périssables. Ord. d'Orléans, 102. *Arr.* de Lam., 69. Ord. 1667. tit. des comptes. Toulouse, 49, 40, 42. Stobbe, IV, 460. Nullité des dispositions au profit du tuteur, des traités avec lui. Meslé, I, 290. Ferrière, s. Paris, 170. Henrys, I, 1. Paris, art. 276. Prescription décennale à l'égard des traités sur la reddition de comptes. Stobbe, IV, 457 : en Allemagne, des comptes annuels sont rendus à la famille ou à l'autorité publique. Britz, p. 567 : tous les ans, tous les deux ans. En France, sous l'influence romaine, la reddition des comptes n'a lieu qu'à la cessation de la tutelle. Ferrière, v° *Compte*. Acte de notor. du 21 mars 1699. Cf. pour la Normandie, *R. de lég.*, 32, 102 : le conseil de famille peut obliger le tuteur à rendre compte tous les trois ans, lui adjoindre deux parents et trois jurisconsultes dont il doit prendre l'avis; responsabilité des parents nominateurs comme dans le Midi. Ferrière, *Tut.*, p. 322.

(2) Même en Flandre, Britz, p. 569. Ferrière, *Tut.*, p. 404.

(3) Sur le cautionnement, cf. Stobbe, IV, 457. Boutaric, I, 24, constate que l'usage de donner des cautions s'est perdu. *Jost*,, p. 88. *L. d. droiz*, 1008, *TAC. Bret.*, 69 (s'en plègera lui et le suen). Masuer, 5, 2, 1. Toulouse, 5. *Rhdr.*, 15, 170 (caution donnée par la mère). Rebuffe, *De sent exec.*, 1, 16, 37; s. la l. *de creat.*, Cod. Just., *de ep. aud.* : on se contente, pour les parents, de caution juratoire. — *Const. lég.* de Pise, 21 : délai de deux ans pour affranchir le tuteur de toute responsabilité envers le pupille.

(4) Lamoignon l'appelle curateur ou subrogé tuteur. Serres, *Inst.*, I, 13, 5, les confond presque. Ce tuteur est subrogé au tuteur ordinaire, c'est-à-dire qu'il le remplace. *Stil. Parl.*, 7, 147 (*tutor ad actiones subrogatus*). Bouhier, 1, 475. Toulouse, 6. Comme sa charge est limitée et qu'il n'a aucune part à l'administration des biens, il n'a pas à rendre compte, il n'est pas tenu subsidiairement à raison de la gestion du tuteur. Louet, *T.* 13. *Arr.* de Lam., *Tut.*, 12. Britz, p. 566. — *Secùs*, règle romaine : *habenti tutorem non datur alius.*, *Siete Part.*, 6, 16, 13. — Protuteur pour les biens situés dans les colonies. Décl. 15 déc. 1721 et 1er fév., 1743. — Dédoublement de la tutelle pour les personnes de qualité : tuteur honoraire et tuteur onéraire. Id. Allemagne, où le tuteur chargé de la personne du pupille est souvent légitime tandis que celui qui gère les biens est datif.

(5) A défaut de subrogé tuteur, on nomme un tuteur *ad hoc*. *TAC. Bret.*, 79.

(6) *TAC. Bret.*, 178. Pertile, III, 111. *Siete Part.*, 6, 18.

(7) Sur l'action de la famille en Allemagne, cf. Stobbe, IV, 444; en Italie,

dans ce cas, comme dans la nomination du tuteur, est collective ; elle l'est aussi quand le tuteur prend leur avis pour un acte grave, par exemple pour placer les deniers pupillaires (1). Mais le terme de *conseil de famille* n'est pas employé (2) et l'organisation de ces assemblées de parents n'est pas bien arrêtée (3).

14. — Le **droit révolutionnaire**, dans sa tentative de démocratiser la famille, organisa les assemblées de parents en véritable tribunal domestique (4). Les différends entre membres de la famille (époux, enfants, proches) furent soumis en première instance à quatre parents ou amis choisis par les parties ; on pensait assurer ainsi, sans frais, la tranquillité domestique. Une assemblée de parents ou amis et voisins, au nombre de six au moins, se prononça, sur la demande des parents ou du tuteur, au sujet du placement des enfants mineurs dans une maison de correction. Enfin une autre assemblée (dont la composition a varié) fut appelée à délibérer sur le mariage des mineurs (5). Ces innovations peu heureuses, à raison de l'absence de cohésion entre parents, ne persistèrent pas toutes, mais conduisirent au système du Code civil où le conseil de famille occupe une place importante, correspondant à celle qu'on donne, en pays allemand, à l'autorité judiciaire ou administrative (tribu-

Pertile, III, 403. — Durant tout le moyen âge, l'intervention de la parenté est fréquente et se produit en nombre de cas. Cod. Théod., 9, 13, 1. Tac., 19. *Roth.*, 189, etc. *Arrest. Sane.* Viollet, p. 465. Langlois, *Thèse*, 1884. Meslé, Table, v° *Avis des parents*. — Les femmes, en principe, n'assistent pas à ces assemblées. Meslé, I, 86. — Pothier, *Pers.*, 151, 172 (aliénation d'un héritage pour éviter une saisie). Argou, I, 48. Poullain du Parc, I, 233. Beaum., *loc. cit.*, déclare déjà que le tuteur doit faire sûreté au juge ou aux amis du mineur. *L. d. droiz*, 807.

(1) Edit des tutelles, 1732, art. 17 (Bretagne). Meslé, II, 259.

(2) On distinguera ces assemblées de parents du **Conseil de tutelle** on entend par là un homme de loi nommé par la sentence d'interdiction ou l'acte qui institue un tuteur, sur l'indication des parents, dans le but d'éclairer le tuteur de ses conseils ; on peut même en désigner plusieurs. Dans les pays de droit écrit, le père qui peut donner par testament un tuteur à son fils mineur, a aussi le droit de nommer un ou plusieurs conseils. Denisart, *loc. cit.*, Pour les personnes illustres, Ferrière, *h. v°*.

(3) *Arr.* de Lamoignon, *Tut.*, 3 et suiv. Viollet, *Et. de saint Louis*, t. I, p. 145, et III, 33 : au treizième siècle, en Tour., Anjou, les parents paternels y figurent seuls : au quatorzième, le roi y introduit les parents maternels. — Mœurs, cf. Marivaux, *Vie de Marianne*.

(4) D. 16-24 août 1790, t. X ; cf. t. III, 11.

(5) Ci-dessus, p. 41, t. II. *Add.* Giraud, *Essai s. l'hist. du dr. fr.*, II, 259 (Salon). — Cf. D. 20 sept. 1792, 4, 1 : cinq parents. D. 7 sept. 1793 : deux parents héritiers, deux non héritiers et l'officier public. L. 15 juin 1794,

nal des tutelles, collège pupillaire), et qui paraît mieux en rapport avec l'état actuel des mœurs (1); la tutelle cesse complètement d'être une institution familiale pour passer au rang des fonctions de l'Etat (2).

15. — La question de la **capacité du mineur** (3) ne se posait pas avec les systèmes archaïques de la tutelle usufructuaire en vertu desquels le mineur dépouillé de ses biens descendait presque au rang des *alieni juris*. Le vieil axiome *: le sous âgé n'a ni voix, ni répons à court,* correspond à cet état de droit; on veut dire par là que le mineur ne peut ester en justice (4); seul, le tuteur y figurera, s'il y a lieu, mais en son nom propre et non point comme représentant du mineur. Cette règle doit être

(1) Le conseil de famille n'existe pas non plus en Angleterre, où le lord chancelier a la surveillance générale des tutelles, Blackstone, I, 9, 1, règle qui se rattache à l'ancienne garde seigneuriale. Glasson, VI, 232. Le chancelier peut révoquer tout tuteur (même le père) en cas de malversation, et il nomme des tuteurs (ou, à défaut, des administrateurs salariés) à tous les mineurs qui n'en sont pas pourvus; mais cela ne se faisait jadis que si le mineur avait un procès; par cela même il devenait le *pupille de la cour.* Pour éviter d'engager sa responsabilité, le tuteur agit sous la direction de la Cour de chancellerie et rend un compte annuel. Lehr, *La tutelle des mineurs et les Conseils de famille,* 1896.

(2) Stobbe, § 266 (détails). *Obervormundschaft* ou haute tutelle du souverain, commissions de surveillance et tuteurs salariés. Calame, *Cout. de Neufchâtel,* p. 362 : tout pouvoir tutélaire émane du Conseil d'Etat, par ordre ou au nom de qui les cours de justice le confèrent à la personne qui doit l'exercer. — Viollet, p. 544 : à Lille, Dunkerque, *gard'orphenes* ou commissions municipales veillant aux intérêts des mineurs sous l'inspection de l'échevinage. Roisin, 135. Britz, p. 566. En Allemagne, en Suisse, la protection des mineurs appartient aussi aux corporations (*Zünfte*); peut-être même la ville n'a-t-elle eu d'abord qu'un rôle subsidiaire par rapport aux corporations, comme, en général, l'Etat par rapport à la famille. Stobbe, IV, 445.

(3) Ferrière, s. 239, Paris; *Dict.*, v° *Mineurs.* Guyot, *ib.* Argou, I, 7. Meslé, II, 27 et bibl. II, 4/2, etc. Poullain du Parc, *Principes,* I, 13, etc. Flach, *op. cit.* — Cf. ci-contre, Obligations, rescision, etc. — Salis, *ZSS,* 1884; *GA,* 166.

(4) Loysel, 51. Cf. 53. *femmes ont voix et répons en court* et les notes. A plus forte raison, le mineur ne peut-il être juge et exercer des fonctions publiques; mais tel n'est pas le sens de la maxime; *voix* signifie demande, *répons* défense. Il ne peut être procureur. Papien, II, 2. Chassaneus, p. 850. Sur l'exécution testam., ci-après, *Dec. Cap. Tolos.,* 154. — En matière criminelle, le mineur, même émancipé, ne peut agir, mais il peut être poursuivi. Cf. Laur. s. Loysel et les auteurs cités. — Il ne peut pas être témoin en justice. Beaum., 39, 34, 139. *Arch. lég. de Reims,* I, 36 : le mainbour peut révoquer le témoignage de celui qui est en sa mainbournie; sinon, ce témoignage est valable à partir de dix-huit ans.

généralisée et étendue aux actes extrajudiciaires, comme les contrats et les aliénations. Mais les délits du mineur engageaient la responsabilité du tuteur. En matière de délits, cependant, on admit de bonne heure que le mineur pourrait être actionné lui-même, peut-être parce que le tuteur était autorisé à abandonner la tutelle et à se soustraire par là à toute responsabilité (1).

Lorsque la tutelle s'organisa en vue de la protection du mineur, l'incapacité de celui-ci changea de caractère ; elle n'était plus basée que sur son intérêt, et, par suite, elle cessait d'être aussi profonde ; elle dut se résoudre en un ensemble de mesures destinées à sauvegarder cet intérêt; on distingua parmi les actes qu'il pouvait accomplir et, sans apporter en cette matière la subtilité des jurisconsultes romains, on partit de la même idée qu'eux : le pupille ou le mineur (on ne les distingue plus en droit coutumier) peut rendre sa condition meilleure (2); il ne peut pas la rendre pire ; on leur emprunta à peu près l'*in integrum restitutio*. Ainsi Beaumanoir laisse aux juges le soin de voir si le *marchiés fu fes sans fraude et sans malice pour le pourfit du sous aagé*, ou, au contraire, pour son *damage* (3); ailleurs, il complète cette règle dans les termes suivants : (*sous aagiés*) *ne puent fere d'aus chose qui tiegne sans l'autorité de celui qui en a le bail ou la garde ; et s'ils le faisoient de leur autorité et ils étoient conchié ou deceu , si le pourroient-il rapeler quant il*

(1) *Jost.*, p. 118 : *menor ne doit pas estre quite de forfet, se li juges n'a pitié de lui por son aage.* Cf. 131. Beaum., 16, 10 : le juge tient compte de la gravité du délit et de l'intelligence du mineur. *Sachsensp.*, II, 65, 1. Bout., I, 92. *Olim*, II, 767. Ass. de Jérus., *C. de B.*, II, p. 205. Ferrière, v° *Mineur* (et les auteurs cités) : le mineur est tenu pour majeur *in delictis*, pourvu qu'il soit en âge de connaître ce qu'il fait : c'est au juge à adoucir la peine. Domat, I, 4, 6, 2, 10 : même obligation à des dommages-intérêts qu'un majeur. Pothier, *Oblig.*, 120 (prodigue). Chassaneus, p. 810 : le mineur de vingt-cinq ans ne peut être incarcéré pour une dette pécuniaire. — Sur la responsabilité du tuteur, cf. ci-contre.

(2) Ord. 1731, art. 7 : acceptation des donations par les ascendants ou tuteurs. Argou, 1, 7.

(3) Beaum., 16, 4 et suiv. *Jost.*, p. 111, 117 (une lésion produite par un cas fortuit n'autoriserait pas le rétablissement), p. 118. Bout., I, 92. Par la suite, la jurisprudence se montra fort rigoureuse contre ceux qui traitaient avec les mineurs ; Argou, 1, 7 : on n'examine presque jamais la cause de la lésion, ce qui met les mineurs dans une espèce d'interdiction ; personne ne veut contracter avec eux. Serres, II, 8, 2 : cas où la lésion est présumée. Sur le mineur qui se dit majeur : P. de Font, 14, 26. Beaum 16, 13. Bout., I, 92, p. 518, 523. Louet, *M*, 7, 4. Arr. de régl, 1624. Argou, I, 7. Serres, I, 23, 2.

seroient en aage. Tandis qu'autrefois l'absence du tuteur entraînait à elle seule l'invalidité de l'acte (1), tout se ramena désormais à une question de lésion; assisté ou non, le mineur avait-il subi un préjudice? Voilà sur quoi portait uniquement l'examen du juge : *minor restituitur non tanquam minor, sed tanquam laesus* (2). Même règle pour les actes accomplis par le tuteur seul (3). Il dépendait du mineur, devenu majeur, de faire rescinder les uns et les autres ou de ne pas les attaquer ; le sort de ces actes boiteux (*negotia claudicantia*) était entre ses mains. L'action en rescision, qui lui appartenait, devait être exercée, d'après Beaumanoir, dans l'an et jour de la majorité (4). L'Ordonnance d'août 1539 prolongea ce délai ; la cassation de l'acte put être demandée jusqu'à l'âge de trente-cinq ans révolus (5). La *voie de rescision* n'était pas la seule qui fût accordée au mineur pour faire casser les actes préjudiciables à ses intérêts ; la *voie de nullité* s'ouvrait à lui en ce qui concerne certains d'entre eux, ceux pour lesquels des formalités étaient prescrites par la loi, par exemple les aliénations d'im-

(1) *Bern. Handfest.*, c. 50 : *nec possunt aliquid facere quod alicujus sit momenti nisi per manum tutoris et advocati.*

(2) Par suite de l'adoption des règles romaines, la jurisprudence des pays de droit écrit s'accorde à peu près avec celle des pays de Coutumes. Déjà il était question de restitution dans les I. Wis., 4, 3, 3; Burg., 87. Mauricius, *De restit. in integr. Jost.*, p. 110, 118 : en rétablissement de menor n'a point de gage (de bataille) ; mès enqueste savoir s'il est droiz ou non. Cf. Beaum., 63, 4. Artois, 27. *TAC. Bret.*, 73. Loysel, 813. — Le bénéfice de restitution n'est pas perdu par la simple **déclaration de majorité** (*P.* de Font., 14, 19), à moins qu'elle ne soit accompagnée d'un serment. Bout., I, 92. D'après Charondas, le serment importe peu, il faut qu'il y ait manœuvre frauduleuse de la part du mineur. Fraudes réprimées par des Arrêts de règl. du 6 mars 1629, 26 mars 1624. Louet, *M*, 7. Le prêt fait au mineur est annulé en tout cas, même si le mineur a usé de fraude. Bourjon, I, 6, 5. Denisart, v° *Mineurs*. Maynard, *Quest.*, 3, 52, 10.

(3) Bout., I. 92, p. 520.

(4) Beaum., 16, 4. Bout., I, 92, p. 518 et 522. *Jost.*, p. 118. Confirmation. *Jost.*, p. 117. Durant la minorité, le tuteur a le droit d'exiger un second paiement des débiteurs du mineur qui ont eu le tort de se libérer entre ses mains. Beaum., 15, 33. — *Add. TAC. Norm.*, 78, 5. *TAC. Bret.*, 71 : quatre ans. *Siete Part.*, 6, 19, 8.

(5) L'Ord. juin 1510, 46, vise d'une manière générale les rescisions pour dol, fraude, crainte, violence, lésion d'outre moitié du juste prix. L'Ord. août 1539, 134 : après l'âge de trente-cinq ans parfaits, plus de cassation des contrats des mineurs, en demandant ou en défendant, soit par lettres de relievement, soit par voie de nullité (aliénations d'immeubles sans décret). Loysel, 715.

meubles soumises à la nécessité de l'autorisation judiciaire (décret) : pour ces actes, pas n'était besoin d'établir la lésion ; l'absence des formalités requises permettait à elle seule d'en faire prononcer la nullité par les tribunaux(1). La requête civile lui permettait de revenir contre les jugements en dernier ressort s'il n'avait pas été assisté ou défendu valablement (2). Le bénéfice de la restitution aussi bien que celui de la requête civile étaient refusés au mineur commerçant réputé majeur pour le fait de son commerce (3). Le mineur jouit enfin d'un autre privilège : la prescription ne court pas contre lui (4), au moins s'il s'agit d'une longue prescription ; au contraire, « toute prescription annale, ou moindre coutumière, court contre les absents et mineurs sans espérance de restitution (5). »

Ces mesures de protection n'avaient rien d'excessif, quand il s'agissait d'enfants en bas-âge ; mais comme la majorité fut reportée à vingt-cinq ans, elles ne se justifiaient plus aussi bien pour ceux qui s'approchaient de cet âge. La pratique tenta d'accommoder le droit aux nécessités de la vie en validant les **renonciations au bénéfice de la minorité**, et en particulier, à la *restitutio in integrum* (XII^e^. XIII^e^ s.) (6). Inconnues à Rome, condamnées par la Glose (*in hoc ipso* (*minor*) *esset deceptus*) (7), elles s'introduisirent sous le couvert du serment ; or, une Constitution d'Alexandre Sévère paraît déroger pour ce cas à la règle générale d'après laquelle un acte nul ne peut être validé par serment (8). Bulgarus et Martinus discutèrent sur la portée

(1) Serres, *Inst.*, II, 8, 2 : même régulière, la vente était encore rescindable pour lésion. Cf. Bout., I, 92, p. 519. Meslé, II, 46. Ci-dessus.

(2) Bout., I, 92 : restitution sur chose jugée. Argou, I, 41.

(3) Ord. 1673, I, 6. Ferrière, v° *Mineur*. Présomption analogue pour les mineurs qui ont un bénéfice ou un office.

(4) Loysel, 718, 721. *L. d. droiz*, 720.

(5) Au du retrait lignager, prescription de cinq ans pour les arrérages des rentes constituées. En bonne logique, il semblerait qu'on aurait dû décider à l'inverse, car les courtes prescriptions s'achèveront presque toujours durant la minorité, tandis qu'il en sera autrement des longues ; contre les premières, le mineur est désarmé ; il a des chances de ne pas souffrir des secondes. La différence s'explique par l'origine romaine des unes, l'origine coutumière des autres. Sans doute aussi la défaveur pour les droits comme le retrait lignager, vint se joindre à ce motif. Sur les pays de droit écrit, cf. Argou, I, 7. Meslé, I, 276.

(6) Meynial, *NRH*, 1901, 246.

(7) Sur la L. *si judex*, Dig., 4, 4, 41.

(8) Cod. Just., 2, 28, 1 ; cf. 1, 14, 14. Esmein, *NRH*, 1888, 332.

de cette loi. Martinus donnait à la renonciation sous serment une portée absolue ; selon Bulgarus, le serment privait bien le mineur de la *restitutio*, mais elle ne l'empêchait pas de revendiquer les immeubles dont l'aliénation faite *sine decreto* était nulle pour vice de forme (1). Frédéric Barberousse consacra l'opinion au premier en faisant insérer dans le Code, à la suite de la Constitution de Sévère, l'Auth. *Sacramenta puberum* (diète de Roncaglia), qui valide les renonciations sous serment émanées de pubères (2). Dans la Glose se dessine déjà la tendance à étendre l'Auth., tendance exagérée par Bartole, et, à sa suite, par les Italiens et les canonistes : ainsi ils l'appliquent à l'impubère *pubertati proximus*. Cinus et l'école française tiennent l'Auth. pour *odiosa*, parce qu'elle est nuisible aux incapables ; ils ne l'appliquent ni aux impubères ni aux mineurs pourvus d'un curateur ; ils la restreignent à la vente, seul acte qu'elle eût visé, n'admettent pas que le serment valide les ventes *sine decreto*, rejettent les renonciations générales, enfin veulent que le mineur ait été *certioratus* (prévenu, lors de la renonciation, de l'existence de privilèges en sa faveur) (3). Cette interprétation restrictive prépara la voie à la pratique du seizième siècle, qui écarte complètement l'Auth. et refuse toute efficacité au serment promissoire, en partant de l'usage qui s'était introduit de demander au roi une dispense du serment (4).

16. — La **majorité** (5) barbare n'entraînait pas émancipation

(1) *Dissens, dominorum*, p. 52, 98, etc. (éd. Haenel).

(2) Cod. Jus., 2, 28, 1 : *sacramenta puberum sponte facta super contractibus rerum suarum non retractandis inviolabiliter custodiantur. Per vim autem, vel per justum metum extorta etiam a majoribus, maxime ne querimoniam maleficiorum commissorum faciant, nullius esse momenti jubemus. L. Feud.*, 53. Meynial, *NRH*, 1901. P. de Font., 14, 19. Beaum., 16, 8. Bout., I, 92, p. 526.

(3) Meynial, p. 256. Doneau, 21, 13. Ant. Fab., *De err. pragm.*, 6, 9. *Decis. Cap. Tolos.*, 49.

(4) Esmein, *loc. cit*, Bout., p. 526, éd. 1603, n. de Charondas. Bugnyon, *Lois abrog.*, I, 120 (il cite P. Jacobi, Imbert, etc.) : qui peut rescinder un contrat peut bien dispenser du serment qui y est apposé. Le roi dispense du serment sous réserve de l'absolution par l'autorité ecclésiastique et même sans réserve. Gallerati, *De renunc.*, 1623. En Belgique, en Italie, l'Auth. est tombée en désuétude. En Allemagne, elle est restée en vigueur ainsi qu'en Espagne. Meynial, p. 259.

(5) (B. de Merville), *Tr. des majorités*, 1729. Meslé, *Minorités*, 1785. Amiable, *Rhdr.*, 1861. 217. Stobbe, § 264. Glasson, VII, 112. Lattes, *Dir. consuet.*, p. 175.

de la puissance paternelle. Purement politique, à ce qu'il semble, chez les Germains, elle était fixée arbitrairement par les parents ; quand ils jugeaient que leurs enfants étaient en état de porter les armes, ils les leur donnaient eux-mêmes ou les leur faisaient donner par d'autres dans l'assemblée des hommes libres (1). — A ces déterminations arbitraires, les seules connues sans doute du temps de Tacite, les lois barbares substituent un âge fixe dont la précocité nous surprend (2) : douze ans chez les Saliens, quatorze ans chez les Ripuaires (3). De quoi était capable un enfant de douze ans? de dix ans même, comme chez les Anglo-Saxons? C'est là plutôt, croyons-nous, une majorité religieuse qu'une majorité civile. A cet âge, la raison s'éveille et avec elle l'aptitude à accomplir les actes de la vie religieuse (4). Si quelques effets civils ont pu y être attachés, cela tient à ce que la vie que l'on menait alors était très simple, les transactions rares ; la cohésion de la famille et la protection de fait qui en résultait pour les adultes contribuaient aussi à rendre tolérable cette émancipation prématurée (5). Déjà, d'ailleurs, à cette époque on sent qu'elle offre des inconvénients : Liutprand retarde la majorité jusqu'à dix-huit ans et la loi des Wisigoths jusqu'à vingt (6).

(1) Les signes matériels de la puberté ont fourni ici un point d'attache. On bien la force physique (Cassiodore). Tacite, *Germ.*, 20 : *sera juvenum Venus.* Ci-dessus, p. 109,4, t. II. *Add.* Post, *Ethnol. Jur.*, II, 30. Détails sur les divisions de l'âge dans Grimm, 410. Chaisemartin, 67 : sept ans, un enfant. *M. de Souabe*, 2, 47 : à dix-huit ans, on peut témoigner. *TAC Bret.* 79 : à quatorze ans, serment valable.

(2) *Sal.*, 24 : douze ans accomplis (Geffeken, p. 134, bibl.). *Id.* Alam., Frisons, Saxons, Lombards (*Roth.*, 155), Norwégiens, Islandais. — Ages différents : *Rib.*, 81 (14 ans révolus). *Burg.*, 87. *Wis.*, 2, 4, 10; 5, 9 ; 4, 3, 1 ; 13, 4; 10, 1, 17 (10, 12, 15, 20 ans). Hloth., 6, Ina, 7, 2 (10 ans, puis 12). Grimm, 413. Kraut, I, 112. Stobbe, I, 40. Dareste, *Etudes*, p. 273, 310, 326, 349. Cf. sur la majorité royale, t. I. Pardessus, p. 452; *Diplom.*, I, 200. Viollet, *Dr. publ.*, I, 227.

(3) Terminologie : *aetas legitima* (âge légal), *pueri infra aetatem*, etc. A l'époque féodale, les mineurs sont dits *sous aagés*. Allemagne : *zu zeinen Jahren* ou *Tagen kommen*. Fribourg en B., 22.

(4) Serment de fidélité à douze ans. Cap. 792, 4; 808, 2. Blackstone, I, 9.

(5) Après douze, quatorze ans, l'enfant restait soumis à la puissance paternelle, mais il devenait responsable de ses délits (*Sal.*, 24, 5 et not. dans Hessels, Geffcken ; Cap. 819, 5, I, 293); si son père était veuf et remarié, il gérait le douaire de sa mère et en avait la jouissance. *Sal. Cap. extrav.*, 8. Schrœder, 315.

(6) Id. *Bulle d'Or*, VII, 4, et beaucoup de statuts allemands. Pour les ro-

17. — Sous la **féodalité**, la majorité varie d'après l'état des personnes ; le noble est *agé* à vingt ans (accomplis) ou vingt et un ans (commencés) (1) ; le roturier à quinze ans (commencés) (2), car avant vingt ans le premier n'est pas apte au service militaire, tandis que le second peut « auner les étoffes, compter les deniers et s'employer aux affaires paternelles ». Les femmes nobles sont majeures à quinze ans (3), les roturières à douze. Telles sont, du moins, les règles générales, car les variantes ne manquent pas (4), et il y a même des majorités spéciales pour certains actes, vêture, mariage, testament (5). Le droit féodal avait donc retardé la majorité pour les nobles ; mais dans la classe des roturiers, l'indépendance de l'adulte était trop hâtive. Il est vrai qu'il était défendu contre lui-même souvent par la possibilité de rester en tutelle, toujours par les règles conservatrices de son patrimoine immobilier. Mais il vint un moment où, ces règles étant battues en brèche et le nombre des transactions augmentant, il fallut attendre, pour lui reconnaître une pleine capacité, qu'il fût parvenu à une complète maturité d'esprit (6).

18. — Dès la fin du treizième siècle, la pratique s'efforce de superposer à la majorité coutumière la **majorité pleine** ou majorité romaine de vingt-cinq ans (révolus) (7) ; au seizième siè-

turiers, on trouve souvent en Allemagne la majorité de quatorze et seize ans. Heusler, II, 490.

(1) P. de Font, 15, 35. *Jost.*, p. 58, 116, 221. *TAC. Norm.*, 6 ; *Summa*, 31, 1, 8, 14. Fleta, 1, 9, 4. Beaum., 15, 30 (Beauvaisis : 15 ans ; id. en Palestine ; J. d'Ibelin, 272, etc. ; France, 20 ans) ; 63, 4, *Et. de saint Louis*, I, 73. Ord. mai 1246. Desmares, 249 : nobles âgés à vingt et un ans pour les biens nobles, à quatorze pour les villenages. Loysel, 52 (roturier majeur à 21 ans pour un bien noble). Cf. 813. Britton, 66. — Meslé, I, 210.

(2) Beaum., 15, 22 (combat une opinion d'après laquelle les enfants de poeste étaient toujours en âge). On voit qu'on a adopté ici l'âge de la puberté romaine. Pour les cas fréquents où l'âge n'était pas connu, les *Mir. de Saxe*, I, 42, et *de Souabe*, I, 28, veulent qu'on s'attache aux signes de la puberté. Glanville, 7, 9. Beaumanoir et nos anciens Coutumiers recourent au témoignage des parrain, marraine, curé. Cf. Papien, 26, 8.

(3) Révolus. Ord. 1246. Le bail des filles nobles dura d'abord jusqu'à leur mariage.

(4) Quand un mineur possède des biens en des lieux divers, il sera majeur à l'âge fixé par la coutume de son principal *herbergement*.

(5) Blackstone, I, 9 : les sept âges des femmes.

(6) Mouvement analogue en Allemagne. Stobbe, § 46.

(7) P. de Font, 15, 35, oppose la majorité de quinze ans à celle du droit romain. Cf. 14, 11. Beaum., 15, 22, 33 ; 16, 8, 11. *Jostice*, 3, 5, 7 ; 3, 9, 1.

cle et jusqu'en 1789, vingt-cinq ans est l'âge legal où cesse la minorité dans la France entière (1) (sauf en Normandie : vingt et un ans commencés) (2). On n'avait évité un excès que pour tomber dans un autre ; la majorité était devenue trop tardive. — La loi du 20 septembre 1792. IV, 2, se tint dans une juste mesure en s'arrêtant à l'âge de vingt et un ans révolus (3).

19. — **Émancipation des mineurs en tutelle**(4). — Peu compatible avec la tutelle usufructuaire et la majorité précoce de l'ancien droit (5), cette institution apparut lorsque la majorité se trouva reportée à vingt-cinq ans ; en empruntant cet âge tardif au droit romain, on se vit obligé de lui emprunter le correctif qu'il y avait mis, la *Venia aetatis* (6) ; souvent, en effet, l'intérêt du mineur commandait de lui donner la gestion de ses biens ; dans ce but, l'émancipation lui valut une majorité anticipée (7). Elle pouvait être tacite ou expresse ; au premier cas,

Bout., I, 92. — Curateurs aux mineurs de vingt-cinq ans, d'après les Const. du Chât., 74, 84 (note éd. Mortet). Buche, *NRH*, 1884, 664. Flach, p. 66. *TAC. Bret.*, 79 : jusqu'à vingt-cinq ans, nul mineur ne peut contracter sans le conseil de son pasteur. Cf. 84. Bourges, 158. Toulouse, 7 : le père peut, par testament, frapper son fils d'incapacité jusqu'à vingt-cinq ans, ou bien les consuls lui donnent un curateur. Cf. art. 69. — *TAC. Bret.*, 80 : à partir de douze ans jusqu'à son mariage, la femme doit être en garde du curateur : éd. Planiol, p. 511, 366. Masuer, 5, 34.

(1) Paris, *AC*, 97 ; *NC*, 272. Dumoulin, s. Paris, 32, 1, q. 2 ; sur Montreul, 14 ; s. Amiens, 46 ; s. Boullenois, 119, 126. Ferrière, s. Paris, 32, 268 ; *Dict.*, v° *Majorité*. Arr. du Gr. Cons., 1717. Flach., p. 76. — Parfois, minorité de vingt-cinq ans seulement pour aliéner les immeubles. Loysel. — B. de Merville distingue : les majorités coutumières (pour la garde, l'aliénation des immeubles, la donation, le testament) et les majorités d'Ordonnance (mariage, bénéfices, offices).

(2) Placit., 1666, 38. *Id.*, Bretagne, Auv., Pol., Berry, Amiens, 46. — Blackstone, I, 9. Pollock et M., II, 436.

(3) *Id.* C. civ., 388. Angleterre.

(4) Graeter, *De conces. veniae, aet.*, 1695. Graefe, *De emanc. saxon.*, 1715. Brandeler, *De emanc. et ven. aet.*, 1635. Ferrière, Guyot, etc., v^is *émancipation, curateur*, etc. — Pothier, *Pers.*, n° 186. Cf. Emancipation de la puissance paternelle, ci-contre, p. 121, t. II. Beaum., 16, 12. P. de F., 14, 27.

(5) Cf. cependant Beaum., 21 (ôter enfant du bail), 21 : le survivant des époux met les enfants hors de sa mainburnie, en leur laissant les biens du conjoint et en faisant intervenir la justice ou les parents des enfants ; 15, 31 : les père et mère ôtent les enfants de leur bail par justice, afin d'échapper à la responsabilité de leurs délits et pour éviter qu'il n'y ait compagnie entre eux, quand ceux-ci ont des biens personnels. Viollet, p. 545.

(6) Cod. Just., 2, 44, 2, 3 (18 et 20 ans). Nov. 28 de Léon (plus de condition d'âge).

(7) Glasson, *Inst. Anglet.*, VI, 233 : la loi anglaise ne connaît pas l'émancipation expresse ; mais elle admet que le mariage libère de la tutelle ; à

elle résultait du mariage (1) ; au second, de la concession de lettres du roi, dites *lettres de bénéfice d'âge* (2) ; on ne les accordait, en principe, qu'aux mineurs qui avaient atteint la pleine puberté, c'est-à-dire dix-huit ans (3). Capable de toucher ses revenus et d'administrer ses biens, le mineur émancipé est loin cependant d'être assimilé à tous égards à un majeur ; il a besoin d'être assisté d'un curateur pour ester en justice ou pour aliéner ses immeubles ; encore dans ce dernier cas fallait-il se pourvoir de l'avis des parents (4). S'il y donne lieu par son inconduite, on peut le remettre en tutelle.

20. — En **pays de droit écrit**, on ne connaissait ni l'émancipation par lettres ni l'émancipation par mariage ; le mineur était affranchi de la tutelle par cela seul qu'il atteignait l'âge de la puberté, quatorze ans pour les garçons, douze ans pour les filles ; à partir de cet âge, il aurait pu être soumis à une curatelle permanente, mais il n'en fut rien ; on se contenta d'exiger qu'il fût assisté d'un curateur pour ester en justice (5), et le juge finit par lui donner pour curateur le procureur qui occupait pour lui dans l'instance ; pour les autres actes, l'assistance du curateur n'était qu'une précaution dont l'absence n'entraînait point la nullité de l'acte ; aussi était-ce au mineur à choisir lui-même ce curateur à son gré (6).

douze, quatorze ans, suivant le sexe, il peut choisir son tuteur, disposer de son mobilier par testament. — Dr. allemand : déclaration anticipée de majorité.

(1) Il faisait cesser la puissance paternelle, *à fortiori* la tutelle. *Secùs*, en pays de droit écrit et dans quelques Coutumes. Beaum., 15, 29 : le mariage émancipe de la garde et non du bail. Sur le mineur commerçant, Ord. 1673, 6. — Ferrière, s. 239, Paris.

(2) Meslé, I, 203; II. 168 (lettres de 1506, 1507). Bout., p. 126. Allemagne : Schrœder, p. 733. — *TAC. Bret.*, 79 : émancipation judiciaire ; les *amis* et la justice constatent que le mineur, à l'âge de dix-sept ans, est pourvu de sens.

(3) Mais comme il n'y avait point d'âge légal, on pouvait les accorder plus tôt, ce qui ne présentait pas beaucoup d'inconvénients, car on ne les entérinait qu'avec connaissance de cause sur avis des parents. *Gr. C. de Fr.*, p. 374.

(4) Argou, I, 9. Pothier, *Procéd. civ.*, 5, 6, 11 (pas de restitution pour ces actes). Sur le mariage, ci-dessus, p. 33, t. II. Argou, *l. c.* : la femme mineure a besoin d'un tuteur aux actions immobilières et l'assistance de son mari ne suffit pas dans ce cas. Sur les aliénations immobilières, cf. Ferrière, *h. v°*.

(5) *Papien*, 36, 3, 5. *Capitular. add.*, *x*, 50 (Walter, II, 805). Petrus, I, 2, 5, 46, 64. Arles, 116-118. Viollet, p. 548 : Limoges, treizième siècle ; Marseille, quatorzième siècle. En Bourgogne, cf. *Rhdr.*, 13, 549.

(6) Serres, *Inst.*, I, 23. Boutaric, Julien, *ib.* Ord. 1667, t. *des Req. civ.*, 35.

21. — **Majeurs incapables** (1). — Anciennement, par cela seul qu'on était atteint d'une grave infirmité physique (aveugles, sourds, muets, nains) ou de maladies mentales (faiblesse d'esprit, démence), on se trouvait dépouillé des droits qui appartenaient d'ordinaire aux majeurs (2) ; les difformes, les infirmes, les inintelligents étaient dans la même situation que les enfants ou les femmes, soumis au *mundium* du plus proche parent mâle (3). L'âge lui-même était une cause de déchéance : le chef de famille vieilli devait abdiquer pour faire place aux jeunes et se mettre sous leur tutelle (4). Il en était de même de celui qui perdait la raison. Contre les prodigues, la famille était protégée par l'ancien régime de la propriété très défavorable aux aliénations.

22. — De ce régime où l'intérêt de la famille prime tout et qui se caractérise, pourrait-on dire, par la *tutelle légitime des agnats*, on passa, ainsi qu'on l'avait fait pour les mineurs, à un régime de protection organisé surtout dans l'intérêt de l'incapable ; la famille y conserva toujours un certain rôle, mais celui de l'Etat fut plus important encore. — Tous ceux qui ne se trouvaient pas complètement hors d'état de gérer leurs affaires eurent une pleine capacité (par exemple les sourds, les muets) (5). — Pour

(1) Bibliographie. — Meslé, II, 1. Kraut, II, 191. Rive, I, 157. Stobbe, § 274 (bibl.).

(2) Cf. ci-après, Incapacité de succéder. — Sur les lépreux, v. ci-après (mesures sanitaires, d'ordre public). — Stobbe, § 41, II.

(3) Cf. ci-dessus, règles de l'ancienne tutelle. Stobbe, IV, 513. 12 : *er sol sich des anfallichs* (simples d'esprit) *leibs und gulz underwinden*. Cette tutelle légitime se transforme en tutelle dative avec le temps, et les règles nouvelles sur la tutelle des mineurs s'y appliquent.

(4) Le *Miroir de Saxe* oppose le *sous-âgé* qui a moins de vingt et un ans au *sur-âgé* qui a plus de soixante ans : l'un et l'autre sont en tutelle (I, 42). Ailleurs, I, 52, il déclare que pour être capable d'aliéner son *eigen Gut*, il faut pouvoir s'élancer à cheval, portant l'épée et l'écu, d'une pierre ou d'un endroit peu élevé, pourvu qu'on lui tienne seulement le cheval et l'étrier. *M. de Souabe*, 168. *Leg. Burchardi*, 11 Walter. *Corp. j. germ.*, III, 777). *L. Rom. Cur.*, Paul, II, 18, 7 : *qui multum senex est nec emere nec vindere non potest*. Grimm, *RA*, p. 486. Stobbe, § 41. Huber, IV, 528 (a. 1137 : personnes qui demandent leur propre interdiction). Jobbé-Duval, *Thèse*, p. 86 dr. comparé). — La pratique de la *démission de biens* dispensait souvent d'interdire les vieillards. — Ci-après. — *Add. Rhdr.*, 15, 190, 203 : le maieur de Dijon nomme un curateur à un vieillard infirme. Cf. Bout., I, 90, Des suraagez et langoureux.

(5) Ariprand et Alb., p. 166. *Jostice*, p. 105. *M. de Souabe*, 2, 57. Ferrière, *Tut.*, p. 59, 95. Ferrière, *Dict. h. v°*.

les déments (1) et les faibles d'esprit, les actes qu'ils accomplissaient étaient regardés comme nuls; mais comme la démence et la faiblesse d'esprit sont susceptibles de plus ou de moins, que des difficultés pouvaient se produire entre les parents et les prétendus fous ou imbéciles, les tribunaux les mirent en tutelle ou curatelle (2), de façon à n'avoir pas à se prononcer après coup sur le sort de chacun de leurs actes (3). Ce système préventif semble s'être substitué au système répressif dès la fin du treizième siècle (4). Il s'étendit sans peine aux prodigues qui ne sont, au fond, qu'une catégorie de faibles d'esprit (5). — La justice aurait dû procéder d'office (6), mais c'eût été rompre brusquement avec le système familial antérieur ; elle ne se mit en mouvement que sur la demande d'un parent

(1) Au treizième siècle, on oppose la *folie naturelle* (imbécillité) à la *forsenneric* (aliénation avec intervalles lucides). *Jost.*, I, 8. Beaum., 34. Cf. en dr. anglais, idiots et lunatiques. Pollock et M., I. 464. Glasson, VI, 148.

(2) Notre ancien droit interdit les aliénés comme les prodigues. *TAC. Bret.*, 83. Cf. Dr. romain, Girard, p. 220 et s.

(3) La folie rend l'acte nul, et non le décret du juge; mais l'interdiction fait présumer la folie; on règlemente les conditions de preuve des intervalles lucides pour couper court aux procès. Cf. ci-après.

(4) *Jost.*, p. 131 : Desvès ne respond pas, mais l'on doit respondre à sa garde. Cf. p. 59. Beaum., 56, 9; 12, 45 ; 34, 56. Ass. de J., *C. des B.*, 81. L. *d. dr.*, 779.

(5) *Olim*, III, 849 (a. 1313) : interdiction d'un clerc prodigue par l'official; treizième siècle, à Limoges, les consuls nomment des curateurs aux prodigues. Guibert, *La famille limous.*, p. 34. Viollet, p. 550, cite un acte de 1303, par lequel le roi charge le bailli d'Amiens de donner un curateur, sur l'avis des parents, à un *ydiota prodigus*. *Olim*. II. 661, a. 1317 (*curator ydiote*); III, 168, a. 1306 (*curator patris*). Bourgogne, *Rhdr.*, 15, 190. — A la fin de l'ancien régime, on fait aussi décerner contre les prodigues des lettres de cachet. *RDM*, 1892, 113, 832, Ci-contre, p. 114, 3, t. II. — Allemagne, quatorzième, quinzième siècle : emprisonnement, bannissement des prodigues ou mise en tutelle. Stobbe, § 275. — Angleterre (Lehr, p. 40) : les faibles d'esprit et les prodigues ne sont pas protégés par la loi; il leur est loisible seulement de remettre leurs biens à des *trustees*.

(6) **Régime des aliénés.** On traita longtemps les furieux comme des démoniaques par des exorcismes ou comme des criminels en les enfermant dans des cachots. *Summa Norm.*, c. 78. Avant Pinel qui, en 1792, voit en eux des malades, on les soumet à un traitement plus humain en certains lieux : hospices spéciaux à Genève, 1468, à Marseille, Avignon, au seizième siècle; à Paris, à Charenton, Bicêtre (arr. Parl. Paris, 7 sept. 1660; *Instr.*, 1785). Dr. intermédiaire : L. 16-24 mars 1790, art. 9; 4-29 août 1790; 16-24 août 1790; 11, 3; 19 juill. 1791. I, 15; 23 sept, 1792; 24 vendém. an II, 3, 7. Dalloz, *Rép.*, v° *Aliénés*. C'est seulement une loi du 30 juin 1838 qui a réglementé l'internement des aliénés, et encore d'une façon très défectueuse. — Angleterre : verdict du jury après une enquête *de lunatico inquirendo*.

(XIV^e s.) (1), à la suite d'enquête, avis de la famille, et, pour un dément, après interrogatoire du juge. Mêmes formes pour la mainlevée de l'interdiction. — Il est déjà question de la publicité des jugements d'interdiction dans les Coutumes notoires du Châtelet (2) ; elle fut organisée d'une manière définitive par des arrêts de règlement du Parlement de Paris du 18 mars 1614 et 23 décembre 1621 (3).

23. — Par l'effet de la sentence, l'interdit est privé de l'administration de ses biens (4), qui passe à son tuteur ou curateur (5) ; il ne peut en disposer entre vifs ou à cause de mort, ni s'obliger (6). — Mais si c'est là l'effet normal de l'interdiction,

(1) *Ad requisicionem amicorum. Olim,* III, 421. Louet, § 16. Serres, I, 23, 3 et 4. Stobbe, § 275 : mais l'autorité publique intervient aussi par cela seul qu'elle a connaissance de faits de prodigalité (intérêt public à éviter qu'ils ne tombent à la charge des villes). Dumoul. s. *Bret.*, 495. Norm., 151 : créanciers. L. pat, 25 déc. 1769 : conclusions du Ministère public. — Ord. de Blois, 1579, 182 : interdiction de plein droit des veuves qui se remarient avec des personnes indignes. Ci-contre, p. 82, 4, t. II.

(2) *Olim*, III, 421, a. 1309 : on fait crier dans les localités voisines de ne pas contracter avec l'interdit. L'Ord. 1629 prescrit l'affiche de la sentence au greffe. Stobbe, IV, 526 : publications à l'église.

(3) Argou, I, 9 : signification d'abord aux syndics des notaires ; plus tard, à chaque notaire individuellement et inscription sur un tableau dans chaque étude. Responsabilité des notaires, s'ils n'avertissent pas ceux qui traitent avec l'interdit.

(4) En Angleterre, le roi a la garde des insensés et jouit de leurs biens. Depuis Edouard II, il se déclare protecteur des aliénés. Pollock et M., I, 464. Cf. ci-dessus, garde seigneuriale.

(5) *Olim*, III, 849,421 (a. 1309) : *administracio bonorum totaliter interdicta*. Il redevient mineur. Son tuteur ou curateur sera, d'ordinaire, son plus proche parent. Paris, 183. Inconvénients, Pasquier, lett. 18. Meslé, II, 291. Arr. du 17 avril 1734 (conjoint). — Effet rétroactif de la sentence. Bourjon, I, 6, 4, 2.

(6) Nullité des actes qu'il fait seul, au moins s'il est lésé, et la lésion sera présumée facilement. Acceptation des donations par les prodigues eux-mêmes, par les ascendants ou les curateurs des déments. Pothier, I, 361 VIII, 371 (éd. Bug.). Pothier, *Oblig.*, n° 51 : le contrat fait par un fou avant son interdiction est nul, si l'on établit sa folie au moment de l'acte (*secus*, pour le prodigue) ; *Pers.*, n° 201 : l'interdiction d'un mineur est inutile s'il n'est pas émancipé. — La démence se prouve par témoins pour les actes entre vifs et même, suivant beaucoup, pour les testaments ; mais comme le notaire mentionne que le testateur est sain d'esprit, ce point est contesté. Bourjon, I, 6, 4, 1 : la jurisprudence du Châtelet accumule les difficultés de preuve pour les actes antérieurs à l'interdiction, ou si le dément est mort, ou si on veut prouver que l'acte a été accompli dans un intervalle lucide après l'interdiction. Les lettres de rescision ne sont pas nécessaires pour les actes de l'interdit.

les tribunaux sont libres d'y apporter des restrictions (1). Ainsi les prodigues ne sont pas nécessairement dépouillés de l'administration de leurs biens (2) ; on peut se contenter de les pourvoir, ainsi que les faibles d'esprit (3), d'un **conseil judiciaire** (4), sans lequel ils ne sauraient accomplir valablement les actes énumérés dans le jugement qui le nomme, en particulier aliéner ou hypothéquer leurs immeubles. — En dehors de la gestion du patrimoine qui échappait à l'interdit, il était certains actes, comme le mariage, qui concernaient plutôt la personne de l'incapable et sur le sort desquels le jugement ne se prononçait pas ; on les laissait sous l'empire de la vieille règle qui annulait les actes faits en état de démence ou de complète imbécillité ; c'était aux juges à voir, en fait, s'ils étaient l'œuvre d'une volonté consciente ou éclairée (intervalles lucides) (5).

24. — **Curatelle** (6). — Les majeurs incapables (7) sont pourvus d'un curateur dont les fonctions varient avec la nature de leur incapacité. Tantôt il gère les biens de l'incapable et le représente, à l'instar d'un tuteur, et c'est ce qui arrive pour les furieux ou les imbéciles, tantôt il se borne à assister l'incapable en justice (8) et à consentir aux aliénations de biens immobiliers ou à quelques autres actes graves ; c'est le cas pour les

(1) La capacité des faibles d'esprit et des prodigues variait donc au gré des juges, et cela sans que les tiers en fussent toujours informés ; dans ces conditions, la nomination d'un conseil judiciaire risquait d'être un piège pour le public. Bourjon, *loc. cit.*

(2) L'interdiction des prodigues n'a disparu de nos lois que lors de la rédaction du C. civ., art. 513. Const. 5 fruct. an III, art. 13 ; ils gardent leurs droits politiques.

(3) La jurisprudence du Châtelet ne nommait de conseil judiciaire que sur la demande du faible d'esprit, solution bien peu pratique, car « où est le fou assez sage pour se faire interdire ? » Fenet, *Trav. prép.*, II, 96.

(4) Argou, I, 9. Denisart, v° *Conseil*. Brillon, *Dict. des Arrêts*, v° *Prodigue*. Application aux gens processifs.

(5) Le mariage d'un dément dans un intervalle lucide est valable ; mais le Parlement, sur appel comme d'abus, peut ordonner que le mariage soit réhabilité, c'est-à-dire célébré de nouveau et faire dresser le contrat suivant la coutume du lieu et l'avis des parents. *Jost.*, p. 24 (nullité). Bourjon, *l. c.*

(6) Stobbe, § 277 (*Pflegschaft*).

(7) *Const. du Chât.*, 74-84. *TAC. Bret.*, 79 ; éd. Planiol, p. 366 (réforme de 1405, choix de curateur).

(8) D'où le nom de *curateur aux causes*. Cf. tuteur *ad hoc* ou curateur donné au mineur non émancipé qui a des actions à diriger contre son tuteur. Beaum., 3, 18. Boutaric, *Inst.*, 1, 23, 5. Ferrière, 4, 5, 284. *L. d. dr.*, 899, 900. *Rhdr.*, 15, 175.

mineurs émancipés et les prodigues qui ne sont point radicalement incapables.

Comme on le voit, les fonctions du curateur ne sont pas identiques à celles du tuteur et sa responsabilité n'est, dès lors, pas la même. Mais la curatelle ne diffère point de la tutelle par sa nature ; comme celle-ci, c'est une charge publique dans l'intérêt des incapables ; comme celle-ci également, elle est dative. C'est pour cela qu'on dit **tuteur et curateur n'est qu'un** (1).

L'ancien droit a eu bien d'autres curateurs (au ventre, aux biens vacants, déguerpis, délaissés, aux absents, à l'accusé muet et sourd ou qui refuse de répondre, au cadavre ou à la mémoire, aux biens confisqués) : ils représentent des personnes qui ne peuvent ou ne veulent agir elles-mêmes (2).

(1) Loysel, 180. Dès le treizième siècle, on dit indifféremment tuteur ou curateur ; on qualifie le même personnage de tuteur ou curateur ; *cura puerorum* s'entend de la tutelle. *Olim*, III, 128, 157, 1110 (a. 1304 et suiv.), Dumoulin, *Usur.*, 39, 300. Coquille, *Quest.*, 178. *Arrest. Sane*, etc. *Petrus*, I, 2 et suiv., fait cependant encore les distinctions romaines. Le brocard cité au texte donne à entendre qu'en pays coutumier, le tuteur reste en fonctions jusqu'à la pleine majorité de son pupille et joue, par conséquent, le rôle du curateur romain. Dans les Coutumes où la tutelle cesse à vingt ans (par ex. Montargis, 7, 7), on s'en sert pour écarter la curatelle au-dessus de cet âge. Viollet, p. 519. Même règle en Allemagne : *hodie jura tutelae et curae confusa esse.* Heusler, II, 508. — Le Code civil appelle tuteur le curateur de l'aliéné, art. 505.

(2) Répertoire et Dict., *h. v°*. Argou, I, 9.

CHAPITRE II.

LA PROPRIÉTÉ ET LES DROITS RÉELS (1).

§ 1. — *Division des biens.*

1. — **Généralités.** — De l'époque franque à la Révolution, le régime de la propriété foncière se caractérise par la multipli-

(1) BIBLIOGRAPHIE. — Cf. t. I, Origines de la propriété et condition des terres. — Landsberg, *Die Glosse des Accursius u. ihre Lehre von Eigenthum*, 1883 (C. R., *KVJ*, 8, 29). — Brünneck, *Urspr. d. sogen. Jus ad rem*, 1869. — Guérard, *Polypt. d'Irminon*, etc. — Giraud, *Rech. s. le dr. de propriété chez les Romains*, 1838. — Laboulaye *, *Hist. du dr. de propr. fonc. en Accident*, 1839. — Lefort *, *Hist. des contrats de location perpétuelle*, 1875 ; *La cond. de la propr. dans le nord de la France. Le dr. de marché*, 1892. — Garsonnet *, *Hist. des locations perpétuelles*, 1879. — Rameau, *Hist. de la propr. fonc. en Europe*, 1885. — Chénon *, *Démembrements de la propr. foncière avant et après la Révol.*, 1881. — R. Beudant *, *La transform. juridique de la propr. foncière dans le dr. intermédiaire*, 1889. — Viollet, p. 566 (bibl.). — Beaune, *Condition des biens*, 1886. — Glasson, III, 62 ; VII, 219 (bibl., p. XIII).

Add. D'Avenel, *RDM*, 1893, 1894 (*La propr. fonc. de Philippe-Auguste à Napoléon*). — G. de P., *Et. s. l'allodialité dans la Drôme de 1000 à 1400*, 1874-1877. — Saige, *BCh.*, V, 2. 74. *Acad. lég.*, 7, 156 (Quinon). — P. de Croos, *Ann. archéol. de Termonde*, t. 5 — Schmidt, *Ann. de l'Est*, 1895. *NRH*, 1890, 667.

Brünneck, *Z. Gesch. d. Grundeigenth.* (Prusse), 1891. — Rückert, *Sachenr. d. Rechtsb.*, 1860. — Stein, *Entwick. d. deut. Sachenr.*, 1858. — Dargun, *Urspr. u. Entwicklungsgesch. d. Eigentums*, 1890. — Blumenstock, *Ensteh. d. deutsch. Immobiliareigent.*, 1894. — Hübner, *Immobiliarprozess in frank. Zeit*, 1893. — Laband, *KVJ*, 1873, 378 (*Z. Gesch. d. deutsch. Sachenr.*) ; *Die Vermögensrechtl. Klagen nach. d. sachs. Rechtsq. d. MA.*, 1869. — Heusler, § 79, 120. — Amira, § 61. — Schröder, p. 52, 199, 698 (bibl.). — Stobbe, § 150. — Huber, IV, 210. — Delbrück, *Die dinglichen Klagen des deutschen Rechts*, 1857. — Arnold, *Gesch. d. Eigenthums*, 1863.

Gundermann, *Engl. Privatr.*, 1864. — Digby, *Introd. to the history of the law of real Property*, 5e éd., 1897 (C. R. de Maurer, *KVJ*, 8, 266). — Williams, *Real Property*, n. éd., 1900 ; *Personal Property*, n. éd., 1896. — Lebret, *Et. s. la propr. foncière en Angleterre*, 1882 (*R. pratique*). — Pollock

cité des droits qui pèsent à la fois sur chaque fonds : 1° droits du village ou des voisins, débris des communautés agraires ou de la propriété collective du village : d'où les **communaux,** les droits de pâturage et servitudes de voisinage ; 2° droits de la famille, débris de la copropriété familiale : d'où la division des biens en **propres** et **acquêts** ; 3° droits des copropriétaires, l'indivision et la communauté se formant pour ainsi dire spontanément dans l'ancien état social ; 4° droits du seigneur, d'où la distinction en **fiefs, censives, tenures serviles** et **alleux** ; 5° droits du roi ou de l'Etat, droits de l'Eglise et des personnes de mainmorte qui se rattachent à l'Eglise ou à l'Etat : d'où la distinction du **domaine public** (domaine de la couronne), du patrimoine ecclésiastique (1), des biens des simples particuliers (2).

2. — I. **Meubles et immeubles** (3). — A ces droits complexes

et Matland, t. II, p. 1-181 ; cf. t. I, p. 207-389. — *The Land-laws*, 1883 (3e éd., 1896). — *Add.* Blackstone, Stephen, Glasson, Lehr.

Baudi di Vesme, *Vicende d. propr. in Italia*, 1836. — Schupfer, *Ordini sociali e possesso fondiario pr. i Longobardi*, 1861. — Gaudenzi, *Propr. in Italia n. 1ª meta del ME.*, 1884. — Pertile, § 133-148. — Salvioli, § 207-246. Lattes, p. 100.

Azcarate, *Hist. d. derecho de propiedad*, 1879-83 (cf. Berge, *R. gén. dr.*, 1881, 394. — Martinez, *Est. s. el. der. d. propr.*, 1876. — Soler, *Rev. de légist.*, 1879. — Langénieux, *Hist. de la propr. en Esp.*, 1890.

Add. ouvrages économiques, comme : Leber, *Essai s. l'appréciation de la fortune privée au moyen âge*, 1847. — D'Avenel, *Hist. économique des prix en France*, 1892. — L. de Lavergne, *Econ. rurale de la France* ; E. de Laveleye, *Id. de la Belgique.* — Inama-Sternegg, *Deutsch Wirthschaftsg.*, 1878 s. — Lamprecht, *Deutsch. Wirthschaftsleben*, 1886 ; *Etudes s. l'état économique de la France* 1re p. du moyen âge), 1889 (tr. Marignan). — Nasse, *MA. Feldgemeinschaft*, 1875.

(1) Sur les biens de l'Eglise (mainmorte), cf. t. I, L'Eglise. *Add.* Salvioli, § 216 (bibl.). Pertile, § 146. — Deghewiet, p. 83, oppose les choses sacrées ou ecclésiastiques aux choses profanes ou séculières. Astruc, p. 208. Petrus, I, 60, 65.

(2) Cf. Institutions comme De Launay, Fleury, Boutaric, etc.

(3) Bibliographie. — Loysel, I, 2, t. 1, *de la distinction des biens* (bibl.). — Argou, 2, 1. — Pothier, *Introd. aux Coutumes ; Tr. des personnes et des choses ; Tr. de la communauté* (t. I, IX et VII, éd. Bugnet). — Bourjon, 2, 1. — Ferrière, Guyot, *h. v°.* — Pour les pays de droit écrit, cf. Julien, Boutaric, etc. — Astruc, *Tr. des tutelles.* — Voet, *Mob. et immob. natura*, 1714. — Britz, 577. — Deghewiet, p. 143 (bibl.). Thèses : Jacques, 1884 ; Barthou, 1886 ; César-Bru, 1890. — Goury, *Orig. et dévelop. de la distinction de biens en meubles et immeubles* (Confér. Rogéville, sous la dir. de M. Gavet). — Viollet, p. 615. — Glasson, VII, 219. — Beaune, *Cond. des biens*, p. 1.

Stobbe, § 63. — Heusler, § 67, 79. — Huber, IV, § 149. — Amira, p. 173.

échappent par leur nature même une catégorie de biens, les *meubles*. Ces objets périssables et sujets à d'incessants déplacements ne se prêtent qu'à des relations plus simples que celles qui se sont produites à l'occasion des immeubles. Aussi, pendant longtemps, le droit est-il resté, pour la propriété mobilière, à cette phase archaïque de son développement où il se réduisait à la répression des délits : qui a un meuble ne jouit à son occasion ni de la revendication ni d'une action contractuelle ; on se borne à lui donner une action *ex delicto* contre le voleur ou contre le dépositaire infidèle, l'emprunteur qui refuse de restituer. Nous verrons plus loin comment la législation changea sur ce point. — Sur les meubles, l'individu a un droit de disposition plus effectif que sur la terre : aliments, armes, vêtements font, pour ainsi dire, corps avec lui : *mobilia ossibus inhaerent* (1). — La facilité de circulation des meubles, les restrictions apportées au droit du propriétaire foncier ont maintenu à travers tout l'Ancien Régime des différences importantes entre le régime de la propriété mobilière et celui de la propriété foncière (2) : meubles n'ont pas de suite et ne sont pas susceptibles d'hypothèque ; libre disposition des meubles, tandis que l'aliénation des immeubles est soumise à des restrictions de tout genre ; dettes payées sur les meubles et non sur les immeubles, car ce serait un moyen indirect de les aliéner ; confiscation des meubles et non des immeubles, pour le même motif ; droits du mari ou du tuteur beaucoup plus étendus sur les meubles que sur les immeubles ; succession des meubles basée sur la volonté présumée du *de cujus*, tandis que la succession des

— Pollock et Maitland, II, 148. — Pertile, 2e éd., IV, § 133. — Salvioli, § 207. — *Dig. ital.*, v^is *Beni*, *Animali*. — *Siete Part.*, Index, v^is *Res*, *Mobilis*, etc.

(1) L'Hommeau, p. 356. — *Droit anglais* : I° *Real property* : droits perpétuels portant sur des immeubles. II° *Personal property* (*goods and chattels*). 1° chattels réels, par exemple bail *à temps* d'un fonds de terre ; 2° chattels personnels, bétail, meubles meublants, bijoux, armes, etc. ; on y comprend aussi les *choses en action*, c'est-à-dire les choses incorporelles comme les créances, les droits d'auteur, brevets, etc. La propriété personnelle est en dehors du système féodal. La propriété réelle n'est pas absolue ; elle est limitée en théorie par le domaine éminent de l'Etat.

(2) Différences qu'on a exagérées en soutenant que, pour les meubles, la simple détention remplaçait les droits réels (Franken, *Franz. Pfandr.*, p. 267, 292). Voir une critique de ces idées dans Heusler, § 79. Cf. ci-après, Propriété mobilière. — Sur la monnaie, cf. bibl. dans Schrœder, p. 184, 510, et Amira, p. 175.

immeubles est organisée en tenant compte des droits des divers intéressés ; aliénation des immeubles compliquée par des formalités, tandis que les meubles se transmettent naturellement de la main à la main ; meubles régis par la coutume du domicile du propriétaire, immeubles par celle du lieu où ils sont situés. La plupart de ces règles étaient inconnues à la législation romaine, où les différences entre meubles et immeubles ne portaient que sur des points secondaires (régime dotal, interdits spéciaux, délai de l'usucapion, vol).

3. — **Bases de la division. Son extension.** — Cette division des biens correspond à l'état économique du haut moyen âge. Elle remonterait même plus haut, si l'on admet que l'ancienne Germanie est passée par un régime de propriété collective ; la terre aurait appartenu aux communautés, les meubles aux individus. A la suite des invasions, elle n'est pas formulée théoriquement : mais dans les documents de cette époque, on oppose souvent la terre et ses accessoires aux autres biens. La propriété foncière a ses règles particulières en matière de succession, dans les rapports entre époux, en ce qui concerne les aliénations, le crédit ; la division est déjà fondée dans ses grandes lignes. Dans la suite, elle domine tout le droit féodal et coutumier ; l'industrie et le commerce ont à peu près disparu ; les métaux précieux sont rares ; la terre se trouve être l'unique source de la richesse (1) : *res mobilis, res vilis* (2). Du moment où les biens immobiliers étaient les plus précieux de tous, il s'établit un régime destiné à les conserver dans les familles, et c'est à la possession du sol que l'autorité politique fut attachée (3).

(1) Pollock et Maitland font observer avec raison qu'on a eu le tort d'exagérer la formule : *vilis mobilium possessio*. Elle n'est vraie que d'une façon relative. On aurait beaucoup étonné l'abbé d'un grand monastère en lui disant que les milliers de têtes de bétail qui vivaient sur ses terres n'avaient pas de valeur. Mais la richesse mobilière supposait qu'on avait des terres. — Sur le caractère fongible des meubles, qui leur a permis de servir de monnaie (*pecus, pecunia*), cf. *ibid.*, et Champeaux, Thèse, p. 57 et suiv. (critique de Stutz, *ZSS*, 1899).

(2) Gl. *Dominia rerum*, sur *pr. Insl.*, 2, 6 : *quia mobilium rerum vilis est possessio*. Gl. *Neglecta*, sur I, 47, D., 41, 2 : *possessio rei mobilis est vilis et abjecta, eo quod facile perditur etiam ab ignoranti.*

(3) Chez les anciens Scandinaves, la possession d'un immeuble était la condition *sine qua non* du droit de figurer aux assemblées populaires. *Rhdr.*, 1865, 394. *Auct. vetus de benef.*, 1, 37 (témoignage). *Sachsensp.*, 1, 5, 1 ; 34, 1. Pertile, § 141.

Loin de s'atténuer, la division s'accentua ; elle embrassa même les choses incorporelles qui ne sont pas susceptibles de déplacement et, par conséquent, ne sont ni meubles ni immeubles, sauf en pays de droit écrit où l'influence du droit romain fut assez forte pour en faire une catégorie à part (1). Au dix-huitième siècle, les physiocrates, qu'un hasard mit cette fois d'accord avec les juristes, transformèrent le vieux préjugé en une théorie savante. Et de nos jours, cette *summa divisio rerum* a réussi à se maintenir, quoique la plupart des raisons qui avaient conduit à l'établir aient cessé d'exister. Elle n'a plus guère d'autre raison d'être que la nécessité de faciliter le commerce des meubles.

4. — **Meubles et catteux**. — Les meubles sont les choses qui peuvent se mouvoir ou être mues, les choses qui se déplacent et circulent aisément, le *fahrende Habe* du droit allemand, par opposition aux immeubles ou *choses non mouvables* (2). Dans le nord de la France, au lieu de meubles et immeubles, on dit dans le langage vulgaire *chatels* ou *cateux* (*catalla*) et *héritages*, ou même, comme en Normandie, *fiefs* (3). La division est formulée théoriquement au treizième siècle. Pour Beaumanoir, les immeubles sont des choses de *durée à toujours* et qui produisent des revenus annuels ; la perpétuité et la production de fruits périodiques caractérisent les immeubles encore plus que le fait matériel de l'immobilité ; ce sont ces deux qualités qui font leur valeur, tandis que les meubles sont périssables et ne rapportent rien. A ce compte, il y avait des biens immobiliers qui se

(1) Guy Pape, q. 291. Julien, *Etém. de jurispr.*, p. 148, etc. Astruc, p. 323 : les rentes constituées sont meubles en Languedoc. — Cf. Deghewiet, p. 162 : réputés meubles, réputés immeubles. *Siete Part.*, 5, 5, 4; 3, 2, 1 (meubles précieux assimilés à des immeubles). Guénois, *Confér. des Cout.*, p. 363.

(2) P. de Font, 33, 12. Beaum., 23 (meuble et héritage), *Gr. C.*, 2, 12, 18. Bout., I, 74. Lamoignon, *Arr.*, p. 54. Bracton, I, 1, c. 1, *de rer. div.* — Droit allemand : *haba*, *pecunia*, *Liegendes* et *fahrendes Gut*, *Liegenschaft*, *Fahrniss*. Grimm, *RA*, t. 2 (4e éd.). — Sur le mot *averium*, *averia*, voy. Du Cange.

(3) *Summa Norm.*, 87, 2 : *mobile dicimus omnem possessionem que de loco ad locum potest transmoveri et omnis talis possessio catallum vulgariter nominatur, ut bos, asinus, aurum. Immobile dicimus possessionem que de loco ad locum transmoveri non potest, ut ager, pratum et omnes possessiones fundo terre inherentes que feoda vulgariter nuncupantur.* — *Assise au comte Geffroy*, art, 5. — Blackstone, t. II, p. 246 (héritages).

rapprochaient beaucoup des meubles ; certaines Coutumes, par exemple celle d'Artois, les qualifiaient de *catteux* et les traitaient comme les meubles (succession, etc.). Tels étaient les arbres ne portant pas de fruits, les bâtiments d'exploitation légers, transportables, comme les granges et étables. Ils ne constituaient pas précisément une troisième catégorie de biens ; c'étaient, en quelque sorte, des immeubles déclassés, faute de satisfaire à l'idée que l'on se faisait de la valeur du patrimoine immobilier (1).

5. — Les **héritages** ou **immeubles** sont (2) : 1° la terre et tout ce qui fait corps avec le sol, bâtiment (3), récoltes pendantes par branches ou par racines (4) (*immeubles par nature* du Code civil) ; — 2° les meubles adhérents aux immeubles en qua-

(1) Catteux (*catalla, capitalia*, cheptel) : *a*) sens primitif : tête de bétail, troupeau ; par exemple, droit du meilleur cattel (*Besthaupt*) dans la succession d'un mainmortable (C. civ. 1800, *cheptel*) ; *b*) comme anciennement, la plupart des biens meubles consistent en troupeaux, on a fini par désigner d'une manière générale tous les revenus et les meubles par l'expression *catalla*. Cf. droit anglais : *goods and chattels*. Glanville, dans Houard, I, 442. P. de Font, 33, 12 : meubles et chateux ; *c*) acception spéciale : biens immobiliers par leur nature, mais traités comme meubles en matière de succession. Artois, 106. Lille, 49. Hainaut, 101, etc. Bout., I, 74 (aucuns sages mettent différence entre meubles et catteux). Cependant le legs des meubles ne comprend pas les catteux. Ragueau, *h. v°*. (Brunel), *Observ.*, 1757, p. 847. Roisin, p. 72.

(2) *L. Feud.*, 2, 1, 1 : *Sciendum est, feudum non nisi in rebus soli, aut solo cohaerentibus, aut in iis quae inter mobilia connumerantur (veluti de camera aut cavena)*. *Jost.*, p. 268.

(3) Pendant longtemps, en Allemagne, en Belgique, la maison est classée parmi les meubles, parce qu'elle est en bois et transportable. *Was die Fackel verzehrt ist Fahrniss*. Chaisemartin, p. 103. Huber, IV, 683. Marché de maisons à Moscou au dix-huitième siècle. — Moulins, Beaum., 23, 37. Bout., I, 74. Paris, 90. Pothier, 235. — Sur le *Urhab* suisse, ensemble des objets nécessaires à l'ancienne économie domestique, cf. Huber, IV, 682, 6.

(4) Divers systèmes au sujet des récoltes : 1° meubles quand elles sont séparées du sol. *Gr. C.*, 2, 12. Paris, 92, etc. — 2° Meubles par anticipation, à partir de la maturité. Reims, 19. Artois, 141. Loysel, 214. Pothier, *Choses*, n° 240. Cf. L. 22 frim. an VII ; saisie-brandon. — 3° Le blé est meuble aussitôt qu'il est semé, les raisins dès qu'ils sont formés. Beaum., 23, 5 ; 27, 13. Cf. ci-contre, Acquisition des fruits. Huber, IV, 684 : *Saat sei fahrende Habe*. Vente de la récolte sur pied, droits des créanciers hypothécaires. — Dans les baux à domaine congéable (Basse-Bretagne), les *édifices et superfices* (constructions et plantations) sont la propriété du *domanier* (fermier) et réputés immeubles dans son patrimoine (succession, communauté, etc.) ; ils sont réputés meubles à l'égard du *foncier* (bailleurs). L. 7 juin-6 août 1791, art. 9.

lité d'accessoires ou dépendances de ceux-ci (1), mais seulement, en principe, s'il y a attache matérielle (tenant à fer et à clou, scellés en plâtre, Paris, 90) (2); ce n'est que par exception que le droit commun des Coutumes considère l'affectation au service du fonds comme entraînant l'immobilisation (3) (catégorie actuelle des *immeubles par destination*); 3° les droits sur la terre qui se rapprochent de la propriété par la durée (servitudes, cens et rentes) et les droits qui, dans la conception féodale, se rattachaient à la terre (droit de justice, péages, banalités) (4).

(1) Sur la théorie des accessoires ou dépendances, *Zubehörde*, *Pertinenz*, cf. Stobbe, § 65. Heusler, § 72. Hubert, § 149. Kohler, *Jahrb.* de Ihering, 1888, 22. — Origines romaines : Dig., 19, 1, 13-18; 33, 7 (accessoires compris dans une vente, un legs). A l'époque franque, il est souvent question, dans les actes, des accessoires des domaines (par exemple *mancipia*, colons, etc.). Le pressoir, les vases vinaires y sont regardés comme des accessoires de la maison. Heusler, I, 359. — Ce furent des préoccupations d'ordre économique qui s'opposèrent à ce que l'on séparât les accessoires du principal. On crut atteindre ce résultat en les assimilant aux immeubles. *Accessorium sequitur naturam rei principalis.* — Le fait du propriétaire était-il nécessaire pour cela? Ni le *Gr. C. de Fr.*, ni Bout. ne l'exigent; *secùs*, Lamoignon dans ses *Arrêtés*. Pothier, *Choses*, n° 244; *Communauté*, 47, 63.

(2) *Gr. C. de Fr.*, 2, 11. Bout., I, 74. Loysel, 217. L'Hommeau, p. 366. Cf. l'expression allemande : *erd-und nagelfest.* — Critique de Pothier, Communauté, n° 47 et suiv. : il y a des choses qui, sans être attachées à fer et à clou, sont censées faire partie de la maison, et d'autres qui, quoique attachées à fer et à clou, ne sont pas censées en faire partie. Sur les glaces, *ibid.*, n° 55. Pothier ne sépare pas les immeubles par destination des immeubles par nature. *Communauté*, n°s 54, 58. Cf. C. civ., 524, 525.

(3) Pailles et fumiers censés incorporés aux métairies, artillerie au château, ornements à la chapelle, glaces tableaux et statues aux maisons, matériaux séparés et destinés à la reconstruction (cf. C. civ., 532). Loysel, 218. Pigeons des colombiers, lapins des garennes, poissons des étangs : immeubles. *Gr. Cout.*, 2, 18. Paris, 91. Orléans, 74. *Justice*, p. 268 (serf-héritage). Gui Pape, q. 91. Poissons dans un sauvoir (réservoir), pigeons dans une volière, lapins dans un clapier : meubles. Loysel, 215. Merlin, v° *Animaux*. Les abeilles et ruches : meubles d'après Pothier, immeubles d'après Chopin, Lamoignon, Merlin, *h. v°*. Par une timidité excessive, on n'a pas fait résulter l'immobilisation des biens du seul fait de la destination : les objets servant à l'exploitation, bestiaux, ustensiles aratoires, semences, presses d'imprimerie, etc., sont envisagés comme meubles. Pothier, *C. d'Orléans*, *Fiefs*, n° 235 (qui signale les inconvénients de cette doctrine). Lamoignon, dans ses *Arrêtés*, veut en faire des immeubles. L'Ord. 1747 suit cette doctrine dans un cas spécial, en matière de substitution (cf. art. 1064, C. civ.), et la Décl. mars 1685 à propos des nègres des colonies. Masuer, 11, 18; 30, 25 (serfs). — Cf. anc. dr. suisse : sont accessoires du fonds tout ce qui est nécessaire à son exploitation, pailles et fumiers, bétail, *mancipia* (serfs de corps), droits d'usage sur les allmends, maisons, greniers et granges, Huber, IV, 688.

(4) P. de Font, 33, 12 : *nos apelons héritage toutes les teneures et totes*

Ces *immeubles incorporels*, comme les appelle déjà le Grand Coutumier de France, sont plutôt des droits que des objets de droits (1); en les classant parmi les immeubles, notre ancien droit suivait l'exemple des Romains qui faisaient de la propriété une chose corporelle, parce qu'ils ne la séparaient point de son objet. Il est vrai que beaucoup d'entre eux avaient pour objet des meubles, par exemple la perception d'une somme d'argent (péage, etc.); mais ils étaient presque toujours annexés à un héritage; par leur valeur, par leur durée, ils se rapprochaient des immeubles; il n'est pas surprenant qu'on les ait soumis au régime de la propriété foncière (2). De là est sortie la conception relativement moderne d'immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent, formulée dans la règle : *actio quae tendit ad quid mobile mobilis; a quid immobile, immobilis* (3). — 4° Enfin, pour les mêmes raisons, on comprit dans la classe des immeubles des droits comme les rentes constituées et les offices vénaux ayant pour objet des meubles, mais immobiliers ou féodaux par leur origine (4).

6. — II. **Propres et acquêts** (5). — Des immeubles, les uns

les droitures... Masuer, 30, 34. Blackstone, t. II, p. 250 (tr. fr.) : *hér. incorporels.*

(1) Controv. sur ce point. Cf. Heusler, *loc. cit.* Pollock et Mait., II, 123.

(2) Heusler, I, 337, ex. de disposition, vente, donation, etc., portant sur un office, une justice, un droit de pêche, de passage, etc. — *L. Feud.*, 2, 1, 1. — Deghewiet, p. 163, range les droits seigneuriaux, les offices, la chasse, la pêche, à côté des servitudes, parmi les choses incorporelles.

(3) On se demande si elle concernait d'abord les droits réels aussi bien que les créances. Loysel, 210, 211 : *noms, raisons et actions.* Pothier, *Comm.*, n° 69. Cf. traduction du C. civ., 526 : actions qui tendent à *revendiquer.* Cout. d'Aoste, 5, 16 : actions compétentes aux immeubles. — Genève, Edits de 1713, 24 : les noms, dettes et actions ne sont ni meubles, ni immeubles. Cf. pays de dr. écrit. — En droit anglais, les *chattels réels*, quoiqu'ils rentrent dans la *personal property*, se rapprochent de la *real property.* Ce sont des droits relatifs à des immeubles, par exemple le bail d'un domaine, mais pour un temps limité. Littleton, 281.

(4) *Add.* Loysel, 219, 444 (bagues, joyaux, etc.). Pline, *N. H.*, 9, 35. Cout. d'Aigle, 1772, 2, 4, 3 (fonds de Boutique). Viollet, p. 620. — Clémentines, *De V. S.*, 5, 11, 1 : *annui redditus inter immobilia censentur a jure.* — Kraut, *Grundr.*, p. 144 (Statut de Francfort). — Offices, t. I. Bourjon, t. I, p. 360.

(5) Bibliographie. — Loysel, 222. — Renusson, *Tr. des propres*, 1700. — Voy. bibl. sur les successions, sur la communauté. — Ferrière, Guyot, *h. v°*; v° *Ancien.* — Argou, II, 1. — Deghewiet, p. 158. — Pothier, *Introd. aux Cout.*, 3, 3 (éd. Bug., t. I, p. 19); *Tr. des propres*, (t. VIII, p. 537). — Bourjon, t. I, p. 410. — Viollet, p. 771, 845. — Glasson, VII, 231. — Jobbé-

nous viennent de nos parents par voie de succession *ab intestat*, ce sont les *Propres*, ou biens patrimoniaux (1); les autres nous arrivent autrement, par exemple par voie d'achat, ce sont les *Acquêts* (2). Cette distinction inconnue à Rome apparaît dans les formules et les actes de l'époque franque (*alodis parentum* par opposition à *comparatum conquisitum*) (3); elle est faite à l'époque féodale dans tout le pays coutumier (4) et même en pays de droit écrit, dans beaucoup de lieux (5). Elle se rattache à l'ancienne constitution de la famille (6); celle-ci était une vraie personne morale avec un patrimoine inaliénable (7) (ou peu s'en faut) (8), à peu près comme le domaine de l'Etat; son chef actuel en était moins le propriétaire que le gérant. La famille

Duval, Thèse, 1874. — Duché de Bricourt, *Orig. de la concept. franç. du bien de famille*, 1903. — Tamassia, *Alienaz. d. immobili e gli credi*, 1885. — Pertile, § 119. — Salvioli, § 225. — Heusler, § 89. — Stobbe, § 117. — Schrœder, p. 272 (bibl.), p. 708. — Amira, § 62. — Lewis, *De origine fas. hered. conc. prohib. alien. rer. immob.*, 1852. — Beauchet, *NRH*, 1900, 601. — Blondel, *Les classes agricoles en Allemagne; Le bien de famille* (cf. *Réf. sociale*, 22, 68). — Zimmerle, *Deuts. Stammgutsystem*, 1857. — Baernreither, *Stammgütersyst. u. Anerbenrecht*, 1882. — Fipper, *Beispruchsrecht d. Erben;* Adler, *Erbenwartrecht*; dans les *Unters.* de Gierke. — Britz, 584. — Paulsen, *De antiq. prop. j. hered.*, I, 77.

(1) Grimm, *RA*, p. 493 (*alodis parentum*).

(2) Du Cange, v° *Proprium Wisig.*, 4, 5, 1 : *propriae res* par opposition à celles qui sont données par le prince. *Terra aviatica*, *Rib.*, 56, 4. *Sal.*, 72. Sur la *terra salica*, ci-après, Successions. Ragueau, v^is^ *Propre*, *Naissant*, *Papoage*. P. de Font, 15, 12 : propre héritage. — Cf. l'allemand *Eigen*, d'où *Eigenschaft*, *Eigenthum*, propriété (XIV^e^ s.). *Stammgut*, bien de souche (*uodil*, *odal*). *Erbe*, *Erbeigen* par opposition à *Kaufeigen*. L. de Manou, 9, 209.

(3) Marculfe, 2, 7 et suiv. Thévenin, *Textes*, Table.

(4) P. de Font, 15, 12; 33, 12. Beaum., 14, 31; 44. *Gr. C. de Fr.*, 2, 12. Loysel, 222 et suiv. Lamoignon, *Arr.*, p. 66.

(5) Bordeaux, *AC*, 59, 85. Agen, 34. Tonneins, 81. etc. Les propres s'appellent *biens papoaux*, *avitins*, *terre de lignage*, etc. — Cependant, d'une manière générale, sous l'influence du droit romain, le régime des propres demeura étranger aux pays de droit écrit.

(6) On a tout dit sur la gêne que le régime des propres apportait aux transactions immobilières; mais si on veut le juger équitablement, on doit tenir compte des avantages de tout ordre que présentait l'ancienne constitution de la famille. — Toullot, Thèse, 1886 (copr. de famille).

(7) Cf. Jobbé-Duval, p. 66 et suiv. (dr. comparé). Fribourg, 1120, § 28. Fueros de Najera, Miranda. Inaliénabilité chez les Slaves du Sud, là où existent les communautés familiales; dans les villes où elles ont disparu, on pratique le retrait lignager.

(8) Cf. ci-dessus, Insaisissabilité du bien de famille. *Homestead*. *Réf. sociale*, 1^er^ février 1894.

se désagrégea peu à peu, mais il subsista à son profit un droit de copropriété latent qui se dégageait à de certains jours et dans certaines circonstances : au lieu de porter sur tous les immeubles sans distinction (1), ce droit fut cantonné sur les *héritages* à proprement parler, les biens advenus par succession (2). Les autres biens dus au travail personnel, à l'industrie, à l'épargne de l'individu, lui appartinrent plus complètement ; on les laissa à sa libre disposition (3).

7. — **L'aliénation entre vifs** du propre n'était valable anciennement (4) qu'avec le consentement de la famille (5), c'est-à-dire suivant les coutumes, avec celui de l'héritier présomptif seul ou avec celui des proches parents (6). Par exception, l'aliénation

(1) A l'origine, tout immeuble appartenait à la famille, même l'acquêt.

(2) Les acquêts se transforment rapidement en propres, puisque l'acquêt du père est un propre pour l'enfant.

(3) *TAC. Norm.*, 13, 2.

(4) Dès l'époque franque, on trouve pourtant des documents reconnaissant au propriétaire la liberté d'aliéner (influence du droit romain, de l'Eglise). *Burg.*, 1. *Bai.*, 1, 1. *Alam.*, 1. *Thuring.*, 13. Sumner Maine, *Anc. Droit*, p. 264. Cf. *Dipl.*, II, 280 (charte du comte Engelbert, 709 : *dum leges et jura sinunt et conventio Francorum est ut de facultatibus suis, quod facere voluerit, liberam habeat potestatem*). De Rozière, 272. Cart. de Redon, nos 226 et suiv.

(5) *Roth.*, 168 et suiv. *Burg.*, 1, 1; 24, 5. *Bai.*, 1, 1. *Sax.*, 62 et suiv. Lacomblet, *Urk. d. Niederrh.*, 127 (a. 996) : *quod pater sec. saxon. legem, absque ejus consensu, nullam potuisset facere traditionem.* Les exemples d'intervention des parents abondent. L'intervention fréquente de la femme ou celle du mari s'expliquent par leurs droits réciproques (douaire, etc.). Cf. cep. Jobbé-Duval, *op. cit. Dipl.*, I, 24 (VIe s.). *Mém. Antiq. Ouest*, 1847, XIV, 75, 18. *Jost.*, p. 169. — Un cas des plus curieux de solidarité familiale en matière civile ou criminelle (et par conséquent en dehors même des causes d'héritages) se rencontre dans le droit de *finport* de la *TAC. Bret.* (p. 142, 192, etc., ed. Planiol) : le demandeur en justice était tenu de mettre en cause tous ceux de ses parents qui auraient pu intervenir au procès, faute de quoi le défendeur n'était pas tenu de répondre. Giraud, *R. de lég.*, 1843, p. 599 (Lois galloises). Ce droit ne fut aboli qu'en 1539, lors de la première rédaction officielle de la Coutume de Bretagne. Chénon, *L'Ancien dr. dans le Morbihan*, 1894, p. 19 (bibl.).

(6) Beseler, *Erbvertr.*, 1, 48, et Lewis. *Succession d. Erben*, p. 7, enseignent que le droit des parents n'existait point avant le onzième siècle, sauf en Saxe (*Sax.*, 62, 64; *Mir. de Saxe*, 1, 34, 52). Mais partout où il y a des communautés de famille, il existe au profit des communistes (*Ganerben, coheredes*); l'usage des partages entre vifs restreignait le nombre de ceux-ci ; les descendants seuls se trouvaient vivre en communauté et avaient à donner leur consentement; les collatéraux exclus de la communauté par l'effet du partage ne pouvaient élever aucune réclamation. Quand les partages tombèrent en désuétude, le droit des parents plus éloignés reparut. En Saxe, où les communautés n'existaient pas, la réserve donnait à l'héri-

fut autorisée sans intervention des parents en cas d'extrême misère (*pauvreté jurée*) (1); aux besoins du corps on assimila ceux de l'âme, et les dispositions *pro remedio animae* furent également tenues pour licites (2): comme il arrive, l'exception, en se développant, emporta la règle: il s'en faut de beaucoup cependant que celle-ci disparût tout à fait (3). La pratique retint pendant fort longtemps (4) l'usage de l'intervention des parents aux actes d'aliénation et les clauses comminatoires par lesquelles on cherchait à les empêcher d'attaquer ces actes. — En principe, néanmoins, toute aliénation fut permise à la condition d'offrir au préalable le propre aux parents (5); on leur donnait la préférence sur les acquéreurs étrangers; mais s'ils refusaient d'user de ce droit de préemption, l'aliénation faite à des étrangers leur était opposable. — On finit par valider toute aliénation, même si elle n'avait pas été précédée d'une offre préalable aux parents; mais ceux-ci eurent la faculté de se

tier la même faculté. Heusler, § 89. Il n'est pas rare que l'on prenne le consentement de tous les parents *ad majorem cautelam*. — A défaut de consentement, les parents qui auraient dû le donner avaient le droit de reprendre le bien à l'acquéreur dans l'an et jour. *Sachsensp.*, I, 52, 1. Controv. sur la nature de cette action qu'il faut regarder comme réelle.

(1) Ragueau, *h. v°. Jostice*, 169, 256. Fors de Morlaas, 31, 71 et 80; cf. For de 1552, r. de contr., art. 6. Cordier, *Rhdr.*, 1868, p. 551. Fribourg, a. 1120, § 28. Artois, 24. *A. C. Lorris*, c. 16. Azun, a. 1306, 87 (Lagrèze. *Hist. du dr. dans les Pyrénées*, p. 450). La Taumassière, *C. de Bourges*, t. 14, p. 439. En faisant intervenir à la vente les héritiers présomptifs, on évita les difficultés sur le point de savoir s'il y avait eu ou non nécessité d'aliéner. Dumoulin, s. A. C. Artois, 50. Brodeau, s. A. C. Boulenois, art. 124. Chartes diverses. — En cas d'aliénation pour pauvreté jurée, il était naturel de donner la préférence aux parents.

(2) *Liut.*, 19, 73. *L. Alam.*, 2, 1. Cf. *L. Feud.*, 2, 3, 1 et 9, 1. — Capit. 818, c. 6 (I, 282) *ut omnis homo liber potestatem habeat, ubicumque voluerit, res suas dare pro salute animae suae*. Cap. 803, 6; 817, 7.

(3) Survivances au quinzième siècle. *Gr. Cout.*, p. 280. Ragueau, *Gloss.*, v° *Pauvreté jurée*. Seizième siècle, Artois, 76 (nécessité jurée ou consentement des parents ou remploi). Boulenois, *A. C.*, 73; *N. C.*, 124. Ponthieu, 19. — Cf. Langle, 29 (défense de tester contre la volonté des proches). — Soule, 17, 1, 2; 26, 4. Labourt, 5, 1, 2; 11, 4. Navarre, rubr. 20, 3. Retrait de bestiaux, Labourt, 6, 1, 2; cf. Cordier. *Rhdr.*, XIV, 597. — Barèges, a. 1670, 4, 5.

(4) Actes du onzième siècle. Pertile, 3, 419.

(5) Jérémie, XXXII, 7. *Stad. fam. s. Petri Worm.*, art. 2, 6. *L. Sax.*, 64 : *si hereditatem suam necessitate coactus vendere voluerit, offerat eam primo proximo suo; si ille eam emere noluerit, offerat tutori suo...; si nec ille voluerit, vendet eam cuicumque libuerit. Offre au proisme*, c'est-à-dire au plus proche (*TAC. Bret.*). Cf. ci-après, Retrait (le plus diligent).

substituer à l'acquéreur, de prendre le marché pour leur compte (1) (*retrait lignager*) dans le délai d'an et jour (2).

8. — L'aliénation par voie de **testament** risque plus encore que l'aliénation entre vifs de dépouiller la famille. Pendant longtemps, il n'y eut pas à se préoccuper de ce danger, parce que le testament fut inconnu ou très rare ; le jour où cet acte entra dans la pratique, on prit le parti de restreindre les droits du testateur ; la Coutume fixa au cinquième de ses propres la part assez faible dont il lui fut loisible de disposer par testament (**Réserve des quatre quints**). — On peut être surpris que les **donations** n'aient pas été traitées comme les testaments. Nos anciens auteurs justifiaient la distinction en disant que, les donations étant de droit naturel, les testaments de droit civil, la loi n'avait pas pu limiter la liberté de donner comme elle avait limité la liberté de tester. Mais ces considérations sont de caractère trop moderne pour rendre compte de la vieille distinction. Le législateur d'autrefois n'aurait pas eu des scrupules de cet ordre. Ce qui l'empêcha d'établir une réserve en matière de donations, c'est que la règle *donner et retenir ne vaut* constituait pour le donateur un frein puissant, sans compter la répugnance instinctive (fortifiée par les mœurs) à se dépouiller soi-même avant de mourir (3).

9. — **Succession aux propres.** — Quand la succession d'une personne s'ouvrait, son patrimoine se divisait en deux parts : d'un côté, les meubles et les acquêts dévolus aux parents les plus proches, parce que telle était probablement la volonté du *de cujus ;* d'autre part, les propres que la famille reprenait, sans qu'on eût à tenir compte de la volonté présumée du défunt (4). La règle : **Propres ne remontent** exclut d'abord les ascendants de la succession aux propres, parce que cette succession parais-

(1) L'héritage acquis par voie de retrait est propre au lignager qui le retire : sans quoi le but de l'institution serait imparfaitement atteint. — Les offices, immeubles de date récente et d'une nature spéciale, n'étaient pas soumis au retrait. Ni les rentes constituées. La réserve, au contraire, s'y appliquait.

(2) Heusler, § 90, considère le retrait comme aussi ancien que l'offre du bien aux parents. Cf. ci-après, Retrait. En sens cont., Jobbé-Duval, p. 87 (droit suédois).

(3) Qui le sien donne avant de mourir, bientôt s'apprête à moult souffrir.

(4) L'ordre probable des affections se trouve fréquemment contrarié dans l'intérêt supérieur de la famille.

sait contre nature; elle s'entendit ensuite en ce sens que les propres provenant de la ligne paternelle ne devaient pas aller aux parents maternels et réciproquement : **paterna paternis, materna maternis** (1). Dès lors, la masse des propres devait se partager (système de la **fente**) entre les deux lignes d'où elle provenait (2). L'attribution des propres dans chaque ligne variait suivant les Coutumes; les unes, *Coutumes souchères* y appelant les seuls descendants en ligne directe du premier acquéreur du bien (3); les autres, *Coutumes de côté et ligne*, les donnant à un quelconque de ses parents, direct ou collatéral; une troisième classe, les *Coutumes de simple côté*, attribuant tous les biens maternels au plus proche parent maternel, sans rechercher l'origine du bien, sans chercher à savoir qui est le premier acquéreur; de même pour les biens paternels, ils vont au plus proche parent paternel.

10. — **Propres de communauté.** — On se gardera de confondre les *propres de succession*, les seuls dont il soit question ici, avec les *propres de communauté*; ceux-ci sont, sans doute, en première ligne, les propres de succession de chaque époux, mais ils comprennent également les acquêts possédés par eux avant le mariage; ces *acquêts* qui sont des propres de communauté, s'opposent aux *conquêts* ou biens acquis durant le mariage, et, par conséquent, par les deux époux. De même, les *propres conventionnels* établis par le contrat de mariage ne sont des propres que dans les rapports des époux entre eux; ils ne sont pas soumis au régime des propres de succession (4).

11. — Les propres de succession sont réels ou fictifs : 1° **Propres réels.** — *a*) Immeubles acquis par succession *ab intestat*. On distingue les propres *anciens* et les propres *naissants*, les uns provenant des aïeux, les autres recueillis par le fils dans la succession du père (5): *l'acquêt du père est propre de l'enfant* (6).

(1) Le droit anglais a gardé jusqu'en 1833 la vieille règle de l'exclusion des ascendants par les collatéraux.

(2) Variantes locales, par exemple succession agnatique. Argou, 2, 24.

(3) Même règle en droit anglais : justifier que l'on est le plus proche parent du *purchaser*, c'est-à-dire du premier acquéreur, et non du dernier possesseur.

(4) Pothier, *Tr. des propres*, n°s 1, 23 (éd. Bugnet, t. 8, p. 572).

(5) F. de Béarn, *r. de contr.*, 5 : bien avitin s'il a été possédé par trois personnes du même lignage.

(6) Beaum., 14, 31. Loysel, 223.

— *b)* Immeubles acquis par voie de donation ou de legs d'une personne dont on est l'héritier présomptif (1) : ce n'est qu'un avancement d'hoirie, par conséquent il est tout naturel qu'on traite les biens acquis de la sorte, par anticipation, avant l'ouverture d'une succession à laquelle on est appelé, comme des propres de succession ; cependant les Coutumes de Paris et d'Orléans distinguent : la donation a-t-elle lieu en ligne directe, le bien est un propre ; en ligne collatérale, c'est un acquêt conformément à la règle : *il n'est si bel acquêt que de don* (2). — 2° **Propres par représentation ou fictifs.** Ce sont des acquêts qui, par voie de **subrogation réelle** (3), prennent la place des propres. Ainsi l'héritage acquis en échange d'un propre est propre comme celui-ci (4) ; l'immeuble acquis en remploi, c'est-à-dire avec le prix de vente d'un propre, lui est également subrogé au moins au profit des mineurs (5) ; pour les majeurs, on discute (6).

12. — **Preuve.** — La tendance à restreindre les droits de la famille, dont on a déjà vu les effets à propos du régime des propres, se fait sentir en matière de preuves. Le droit ancien paraît avoir considéré tous les immeubles comme propres jusqu'à preuve contraire (7). Loysel donne, au contraire, une règle inverse : *Tous biens sont réputés acquêts* (8).

13. — III. **Choses hors du commerce. Les régales** (9). — Il

(1) Ces biens sont advenus *jure sanguinis* ; la qualité de parent a été le motif de la donation. — Certains mss. du *Gr. Cout.*, 2, 34 (p. 350, n. 2) : don ou même achat. Anjou, 513. Maine, 507. Nivernais, 26, 14. Bourbonnais, 283. Loysel, 221, 224 : le bien est propre. — Paris, 246 (acquêt) ; 133 (propre en matière de retrait), Desmares, 145, 298, 397.

(2) Loysel, 655, 656.

(3) Flach, *Rhdr.*, t. 14 et 15.

(4) Loysel, 225. Beaum., 44, 6. *Gr. Cout.*, 2, 12, p. 243. Lamoignon, *Arr. des propres*, 23. Bout., I, 74, Paris, 143. Orléans, 385 : en cas de soulte, le bien est acquêt jusqu'à concurrence des *tournes*, mais l'héritier qui a les propres peut les retenir. — Cf. ci-contre, Retrait.

(5) Pas de subrogation de plein droit en règle générale. Paris, 94.

(6) Loyseau, *Offices*, 2, 7, 54 (on n'a pas le droit de toucher à la classification légale des biens). — Tiraqueau, Renusson admettent la subrogation conventionnelle.

(7) Placités de Normandie, (Laurière s. Loysel), *A. C. Paris*, 1, 5.

(8) 222. Pothier, n°s 72, 107.

(9) Il est question des *regalia* dans les commentaires des *libri Feudorum* et en général dans tous les auteurs qui traitent du domaine et des droits seigneuriaux. Les notes de Gregorio Lopez sur les *Siete Part.* renvoient

a été question plus haut du domaine royal ou seigneurial et des droits régaliens ou seigneuriaux (1); c'est un sujet sur lequel nous ne reviendrons pas, mais il est indispensable de dire ici quelques mots de la théorie des *régales* dans ses rapports avec le droit privé (2). En 1158, à la diète de Roncaglia, il en fut déjà donné une énumération officielle, simple codification de l'usage antérieur : *Regalia sunt hec : Arimannie* (3), *vie publice, flumina navigabilia et ex quibus fiunt navigabilia, portus, ripatica, vectigalia que vulgo dicuntur tholonea, monete, muletarum penarumque compendia, bona vacantia et... bona condemnatorum... argentariae... piscationum redditus et salinarum... dimidium thesauri*

aux écrits des Postglossateurs, v. Table, v° *Regalia*. Traités da Peregrinus, De Luca, Carpzow, etc. Ouvrages plus récents de Hüllmann, *Regalien*, 1806; Strauch, *id.*, 1865. Traités généraux : Heusler, § 73. Schrœder, *ZSS, GA*, 2, 62: *Handb.*, Table. *h. v°* Stobbe, § 64. Hüber, § 120. Brunner, *DRG*, § 68. Thudichum, § 75 et suiv. Amira, § 61. Siegel, § 86. Pertile, § 147. Salvioli, § 219. — Sur les *res religiosae*, mobilier d'église, etc., cf. Huber, IV, 690 (Duval), *Instit. du dr. fr.*, I, 2, c. 1. Deghewiet, p. 83. Faber, *Inst. de rer. div.*, Pasquier, *ibid.*— *Add.* E. Mayer, *Deut. u. Franz. Verfassungsg.*, 1899.

(1) Cf., t. I. Domaine de la couronne. La L. 22 nov.-16 déc. 1790 en attribua la propriété à la *nation*. Des lois révolutionnaires résulta la distinction entre le domaine public ou inaliénable et le domaine privé ou aliénable. Voy. surtout L. 15-16 flor. an X.

(2) Par **Régales** nous entendons ici un groupe de droits portant sur des choses laissées à l'usage du public ou sur des choses qui leur sont assimilées : le droit féodal y voit une propriété du roi. Cf. *jura majestatis* à Rome. Heusler, § 74, les caractérise par deux traits : ce sont des droits de puissance publique (*Regierungsrechte*) et des droits utiles (*nutzbare*), patrimoniaux, aliénables, etc. Il en esquisse l'histoire à peu près ainsi. Dès les Carolingiens, la régale des voies publiques et des fleuves s'affirme dans les actes impériaux; de là naîtront ou se développeront les innombrables péages des temps féodaux ; la pêche n'appartient encore au roi que là où le fleuve est bordé par un domaine royal; on peut dire encore avec le *Sachsensp.*, 2, 28, 4 : *Ströme sind gemein zu fischen darin*. La régale des mines apparaît d'assez bonne heure (cf. acte de 1122) pour qu'on puisse se demander si jamais la propriété du sol a donné celle de la mine. La régale de la chasse a eu de la peine à s'introduire, ainsi que l'atteste ce passage d'un acte de 951 : *decrevimus ut forestam quae ad villa A. attinet, in qua prius erat communis omnium civium venatio, nullus venandum audeat ingredi nisi licentia abbatis. Sachsensp.*, 2, 61. Sous les Ottons, les paysans perdirent le droit de porter les armes; ils perdirent aussi la liberté de la chasse. Une fois l'accès des forêts interdit pour la chasse, il fallut l'interdire aussi pour l'usage des bois ; et l'on arriva ainsi à l'idée que les forêts, autrefois laissées à l'usage de tous, étaient la propriété du roi. Grimm, *RA*, 248. Toutes ces régales constituent des droits sur des choses qui, par leur nature, échappaient à la propriété du fisc.

(3) Du Cange, v° *Herimanni*.

inventi in loco Cesaris, non data opera, vel in loco religioso (1).

Le point de départ de cette théorie est dans l'attribution aux communautés agraires (ou aux propriétaires des grands domaines) des terres incultes et des biens qui se prêtent mal à l'appropriation privée, voies publiques, eaux et forêts, rivages, mines et carrières, trésors. Distinguant mal la souveraineté de la propriété, le droit féodal y vit une propriété du souverain, roi ou seigneur; il ne se borna pas à lui reconnaître un droit de haute police sur cette catégorie de choses. On ne se garda même pas toujours d'une exagération qui, pour être dans la logique du système féodal et peut-être du vieux droit, avait peine à se comprendre, étant donné les principes modernes. C'est une idée assez répandue parmi les anciens juristes que la terre et même la mer appartiennent au roi (2); la propriété privée fait échec le plus souvent au droit de l'Etat; mais, à la moindre occasion, celui-ci reparaît, par exemple il porte sur les terres abandonnées par leur maître; abstraction faite des cas où il s'étend ainsi comme par accident, son domaine ordinaire comprend la catégorie de biens que nous venons d'énumérer et sur lesquels la propriété privée n'a pas mis son empreinte. Pour les logiciens rigoureux, le roi ou l'Etat apparaissait comme l'unique propriétaire du territoire, la propriété privée comme une concession limitée et assez précaire, les régales comme un attribut du droit de propriété de l'Etat sur les biens laissés à l'usage de tous (3). Contre ces théories, les doctrines romaines plus individualistes, plus favorables à la propriété privée, ne

(1) *L. Feud.*, 2, 56. — Du Cange, *h. v°*. — G. Bloudel, *Et. s. les dr. régaliens et la const. de Roncaglia*, *Mél. Paul Fabre*, 1902, 236.

(2) Rappelons la controverse entre Grotius et Selden au sujet de la liberté des mers; dès le quatorzième siècle, Angelus de Perusia soutient la thèse de Grotius. Au treizième siècle, Venise proclame ses droits sur l'Adriatique (chaque année, le jour de l'Ascension, le doge épouse la mer : *sponsamus te, mare, in signum veri et perpetui dominii*). Pertile, III, 169. Pasquier, *Inst.*, p. 170.

(3) Schrœder, *Handbuch*, p. 206; *Die Franken*, ZSS, *loc. cit.*, admet l'existence de la régale du sol (*Bodenregal*, *Obereigenthum*) dès l'époque franque, et en fait découler logiquement les autres droits régaliens. Cf. *L. Sal.*, 14, 4. L'origine et l'histoire de ceux-ci deviennent alors très simples. Mais cette thèse ne paraît pas bien établie. Parmi les auteurs les plus récents, elle n'est acceptée, par exemple, ni par Heusler, ni par Brunner. Le système de la régalité, avec l'extension que lui donne Schrœder, ne nous semble pas antérieur à la féodalité. Cf. Alleux, directe universelle du roi. L'Hommeau, p. 92.

cessèrent de lutter; le droit public, en se dégageant des idées féodales, sépara la souveraineté de la propriété; des régales, il ne subsista guère que des droits de police.

14. — **Régale du sol** (1). — **Biens vacants,** terres hermes et épaves appartiennent au haut justicier (Loysel, n° 277). Par biens vacants on entend les terres sans maître, c'est-à-dire celles qui n'ont pas encore été appropriées ou celles qui sont abandonnées par leur propriétaire (2). Les *successions en déshérence* sont assimilées aux biens vacants (3) : mais il n'en est pas de même des *communaux* (4), et, à plus forte raison, des biens dont le maître a un droit discutable; ce ne sont pas des biens inoccupés et le seigneur justicier n'est pas autorisé à les revendiquer; du moment où il y a un tenancier, quelque irrégulière que soit sa situation, le bien ne saurait être dit vacant. — La loi du 13 août 1791 substitua le roi au seigneur justicier, s'inspirant en cela de précédents de l'époque monarchique (cf. C. civ., 539, 713) (5).

(1) Si les terres vacantes sont considérées comme des *res nullius*, l'occupation en est permise aux particuliers sans autre formalité. Au contraire, en admettant qu'elles appartiennent aux communautés rurales ou au souverain, elle n'est valable qu'autant qu'elle a lieu avec le consentement (exprès ou tacite) de ceux-ci. Les documents sont peu explicites. Thévenin, *Textes*, Table, *h. v*[is]. *Praecept. pro Hispanis*, a. 812 (*Cap.*, I, 169) : *per nostram datam licentiam erema loca sibi ad taborandum porpriserunt.* Sur l'*aprisio*. *captura*, *neubruch*, cf. Beseler, *Der Neubruch nach den ält. deutsch. R.*, 1868 (dans les *Symbolae Bethm. Holweg. obl.*). Waitz, *VG*, IV, 136. Amira, p. 170. Meitzen, *Siedelung u. Agrarwesen d. Germanen*, 1895. Blumenstock, I, 260. Heusler, § 91, Voy. aussi Alleux (directe universelle du roi). Brunner, I, 205; II, 75. Mayer, § 10.

(2) Heusler, I, 65, cite un acte de 1018 : *silvam incultam et* ob hoc *nostre proprietati deputatam.* Schupfer, *Allodio*, 37. Il n'est pas rare de voir, dans diverses législations, des règles qui rappellent l'*adjectio* ou *épibolé* du Bas-Empire : au bout d'un certain temps, les terres que leur propriétaire délaisse font retour à l'Etat qui les attribue à d'autres. La législation des empereurs d'Allemagne et celle des papes contiennent des dispositions de ce genre. Ce sont avant tout des mesures fiscales comme les lois du Bas-Empire. Pertile, IV, 274 : Sixte IV, 1476, autorise le premier venu à cultiver le tiers des domaines laissés incultes, et cela contre le gré du propriétaire. Régale des pâturages en Italie (ib., IV, 417). — L'Hommeau, p. 223. Astruc, p. 273. Pasquier, *Inst.*, p. 189.

(3) Ferrière, *h. v°*. L'Hommeau, p. 222 (biens abandonnés).

(4) Cf. t. I. Communaux. Origines de la propriété. *Add.* Pertile, 3, 336.

(5) Cf. L. 3 frim. an VII : si un particulier abandonne son terrain, parce qu'il ne produit pas assez pour payer l'impôt, la vacance profite à la commune et non à l'Etat. Cf. H. de Pansey, *Des biens communaux*. Dans l'énumération des terres vagues de la L. 1791 figurent les *garrigues*,

15. — **Expropriation** (1). — L'idée d'un droit supérieur de l'Etat sur le sol justifiait aisément l'expropriation (2). Celle-ci fut pratiquée trop souvent sans l'excuse de la nécessité; les garanties en faveur du propriétaire n'apparaissent guère que vers le dix-septième siècle, à l'occasion des grands travaux publics. Et encore n'y a-t-il pas de législation arrêtée sur ce point. Les abus étaient toujours possibles. C'est pour les condamner que la *Déclaration des droits de l'homme* déclara, dans son article 17, la propriété privée inviolable et sacrée; elle n'autorisa l'expropriation que pour cause de *nécessité* publique (le C. civ., art. 545, dit : *utilité* publique) et moyennant une indemnité.

16. — **Confiscation** (3). — La confiscation pénale donne à l'autorité publique un moyen facile de s'emparer des biens des particuliers. Elle n'a été abolie que par la Charte de 1814.

17. — La **Propriété ennemie** (4). — Le droit des gens de l'antiquité ne reconnaissait pas la propriété ennemie. La prise du butin constituait un cas d'acquisition au profit de l'Etat vainqueur ou même au profit du particulier qui la réalisait (*occupatio bellica*). En règle générale, l'acquisition a lieu au profit de l'Etat (5); cependant, la pratique des rançons encore répandue au seizième siècle, le pillage des villes encore autorisé au dix-huitième siècle, témoignent de l'existence du droit individuel (6). De nos jours, la propriété privée ennemie est respectée à l'égal de la propriété nationale, parce que la guerre est considérée comme une lutte entre Etats et non entre individus.

flégards, wareschaix. P. Errera, *Les Waréchaix*, 1894 (*Soc. archéol Bruxelles); Les Masuirs*, 1891.

(1). Ci-après, Servitudes. Tamassia, *Arch. giur.*, 1885, Salvioli, § 224 (bibl.). Pertile, § 143. Schupfer, *Allodio*, § 29. Meyer, *Expropr.*, 1868. Gierke, *Althusius*, p. 268.

(2) Italie. Cassiol., *Var.*, 5, 20. Les Statuts des villes italiennes prévoient des cas d'expropriation : construction des murs et des tours, etc. (1156, à Gênes, etc.). Fixation de l'indemnité par des arbitres. On trouve des cas d'expropriation dans l'intérêt des particuliers. Cf. Pertile, III, 360 et suiv.

(3) Loysel, 839 et suiv. *TAC. Norm.*, c. 88. *Summa Norm.*, 20, 22. *TAC. Bret.*, éd. Planiol, Table, *h. v°*. Lorris, t. 4. Britz, p. 656. *Siete part.*, Table, *h. v°*. Gui Pape, p. 341. Astruc, p. 260. Pasquier, *Inst.*, p. 183. — R. Caillemer, *Etudes sur la confisc. et l'admin. des successions*, 1901. E. Mayer, § 17.

(4) Benedix, *De praeda inde ab antiquitate*, 1874. Mas-Latrie, *Dr. de marque au moyen âge*, 1875. Pertile, III, 166. Pasquier, *Inst.*, p. 176.

(5) Le vase de Soissons. Brunner, II, 76.

(6) Pothier, *Prop.*, n° 88 et suiv. Gui Pape, *dec.* 113; cf. 32 (représailles).

18. — **Régale des mines** (1). — L'axiome courant que la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous (Cinus de Pistoie : *cujus est solum, ejus est ad cœlum usque ad inferos*), se heurte aux conceptions féodales qui font des mines et même des trésors la propriété du roi ou des seigneurs. Déjà, sous le Bas-Empire, l'Etat percevait un droit sur les produits des mines; il en fut de même dans l'Empire franc (2); la Constitution de Frédéric Ier, 1158, classe les *argentariae* parmi les *regalia*. Le roi ou les seigneurs s'attribuent le droit exclusif d'exploiter les mines ou, du moins, en concèdent l'exploitation (3); celle-ci ne passa point cependant à l'état de monopole fiscal. La renaissance du droit romain ébranla cette doctrine. Si elle trouve encore des partisans, ceux-ci la défendent plutôt en partant de considérations d'utilité publique. Ce sont ces mêmes considérations, combinées avec l'idée du respect des droits du propriétaire du sol, qui amènent au système transactionnel suivant : le propriétaire du sol a le droit d'exploiter la mine moyennant l'autorisation de l'Etat et à charge de payer la dîme (romaine) des produits; s'il n'use pas de ce droit, l'Etat peut l'accorder à des tiers sous la même condition et à charge d'une indemnité au propriétaire du sol. C'est à peu près la solution de la loi du 21 avril 1810. Le droit révolutionnaire sembla l'abandonner complètement en décidant que les mines seraient à la disposition de la nation (l. 12-19 juil. 1791); mais, par une remarquable inconséquence, elle permit au propriétaire du sol de les exploiter jusqu'à cent pieds de profondeur; au delà, il eut la préférence sur tous autres. Le Code civil, inclinant davantage encore dans ce dernier sens, reconnaît en principe le droit du propriétaire du sol.

19. — Le **trésor** est, comme la mine, une de ces richesses cachées dont le véritable propriétaire est le seigneur ou le

(1) Cf. t. I. Mines. — Grueter, *De regali metallorum jure*, 1867. Virnich, *De juris regal. metal. orig.*, 1871. Böhlau, *De regal. not. et salin. j.*, 1855. Arndt, *Zur Gesch. d. Bergregals*, 1879. Abignente, *Il sottosuelo*, 1886; *La propr. d. sottosuolo*, 1888 (C. R. dans ZSS. GA., 1891). Stobbe, § 141 (bibl.). Pertile, IV, 424. Salvioli, § 221. Viollet, *Et. de saint Louis*, Table, *h. v°*.

(2) *Ordinatio imperii* de 817, c. 12. — L'idée de régale des mines est donc antérieure au onzième siècle. Cf. cep. Brunner. II, 76. Elle ne s'appliqua souvent qu'à l'or et à l'argent, les seuls métaux nobles, précieux. *Sachsensp.*, 35.

(3) Nombreux exemples de concessions. Cf. Stobbe, *op.* et *loc. cit.*

roi (1) : *nuns n'a fortune d'or, se il n'est rois, et les fortunes d'argent sunt aus barons et à ceus qui ont grant joutise en lor terre* (*Et. de St. L.*, I, 94). En face de ces règles féodales, la tradition romaine du partage entre l'inventeur et le propriétaire du sol se maintenait avec des variantes ; un quart appartenait à l'inventeur, le reste au roi, d'après un Capitulaire ; Loysel adopte une proportion différente, n° 280 : *Quant aux autres trésors* (ne consistant pas en or) *mucés d'ancienneté, le tiers en doit appartenir au haut justicier, le tiers au seigneur très foncier, et le tiers à celui qui les a trouvés.*

20. — Les **épaves, choses gayves** (2), objets, mobiliers égarés par leur propriétaire, n'appartenaient que difficilement à l'inventeur dès l'époque barbare ; les lois germaniques imposaient à celui qui trouvait une chose perdue, sous peine d'être traité comme voleur, l'obligation de dénoncer le fait au juge ou de le proclamer à haute voix devant l'Assemblée publique ; ce n'est que si le maître ne se présentait pas que l'inventeur pouvait se l'approprier (3). Le droit féodal et coutumier substitua le droit du seigneur à celui du simple particulier (4). La

(1) Cassiod., *Var.*, 4, 34. *Capit.*, I, 215; cf. *L. Rom. Wis.*, 10, 10. *L. Feud.*, 2, 56. *Const. Sic.*, 3, 31. Cf. t. I. Droits seigneuriaux. Ass. de Jérus., *C. d. B.*, 283. *Summa Norm.*, 17. *TAC. Bret.*, 153. Loysel, 279, 281 (bibl.). — Cf. Landsberg, *op. cit.*, § 20. Pertile, § 138. Schupfer, *Allodio*, 39. Britz, p. 658. Astruc, p. 266. Pasquier, *Inst.*, p. 240.

(2) Étymologie : animaux effrayés, *Expavidus. Res erraticae.* Ass. de Jér., *C. d. B.*, 230, 259. *Summa Norm.*, c. 18. *TAC. Bret.*, 149. Beaut.-B., *C. d'Anjou*, III, 178. Lorris, t. 4. Britz, p. 654. Astruc, p. 252. E. Mayer, § 10.

(3) Ci-contre, Propriété mobilière. — *Wis.*, 8, 4, 14 ; 5, 6. *Rib.*, 75. *Fris.. Add.* 8. *Roth.*, 343 (déclaration). *Const. Sic.*, 3, 30. *Stat. de Corse*, 2, 24. Statuts italiens, Pertile, 3, 209. *Sachsensp.*, 2, 36, 1. *Schwabensp.*, 347. Landsberg, *op. cit.*, § 20. Schupfer, n° 39.

(4) Sur les épaves maritimes, cf. t. I. Droits seigneuriaux. Le propriétaire ne peut les réclamer (jusqu'au XV^e^ s. en France). Droit de bris, de naufrage, de *lagan*, *wreck*, *Strandrecht*, etc. Fonsagrives, *R. marit.*, 1884. *KVJ*, IV, 3^e^ s., p. 78. Pertile, § 98, 138. Salvioli, § 166. Waitz, *VG*, IV, 135. Brünneck, *Recht auf Zueignung v. d. See*, etc. 1874. Pardessus, *Coll. des lois marit.*, I, 315. Cf. L. Delisle, *Rec. de jug. de l'Echiquier*, n° 450. Boutaric, *Actes du Parl.*, I, 343. Bigelow, *Placita anglo. norm.*, p. 143. *TAC. Norm.*, 67. *Summa*, c. 16. Rymer, *Fœdera*, I, 12. Balasque et Dul., *Et. hist. s. Bayonne*, I, 327. — Pour les épaves terrestres, Beaum., 58, 4 et 69, 24 (la chose n'est pas épave tant qu'elle est poursuivie). L. Delisle, *Rec. de jug. de l'Echiq.*, n° 541 : *si infra annum aliquis illud requisierit et probaverit esse suum, justicia domini regis ei reddet. Reg. crim. de la just. de Saint-Martin-des-Champs*, p. 128, 143. Pasquier, *Inst.*, p. 171, 261. Ragueau, v° *guesver.*

royauté enleva aux seigneurs justiciers le droit d'épaves sur les côtes et dans les grands cours d'eau (Ord. 1669 et 1681). Les épaves terrestres continuèrent à appartenir au seigneur, au moins pour le cas où le propriétaire ne les réclamait pas après un certain délai (4) ; la Révolution abolit ce droit seigneurial avec les autres droits féodaux, sans régler le sort des épaves terrestres (l. 13-20 avril 1791).

21. — **La régale des forêts** (1). — En dehors des droits sur les bois (2), elle a des conséquences au sujet du gibier (3). Gibier et poisson n'appartiennent à personne dans la conception romaine ; le premier venu peut s'en emparer (4). Dans les idées féodales, au contraire, le gibier et le poisson sont les accessoires des eaux et forêts, partant la propriété du seigneur ou du roi auquel celles-ci appartiennent (5). Le seigneur a

(1) Publicité, voy. détails dans Ferrière, v° *Epaves* (bibliog.). Delamare, *Tr. de police*.

(2) Rendella, *Tract. de pascuis, defensis, forestis, et aquis*, 1618-1734. Berenger, *Antic. storia forest, in Italia*, 1659.

(3) Ci-après, Droits réels. — *Roth.*, 240, 319. *Liut.*, 82, 116. Waitz, *Deutsche Hufe*, p. 36. — La L. des Ripuaires semble ne pas distinguer (?) la *silva communis* de la *silva regis* (t. 76). — Le roi met une *silva in bannum et ex ea, sicut Franci dicunt, forestam (facit)*. Waitz, *VG*, IV, 109. Forêts, deffens, garenne, bédat (ital. *bandite, vizze*). *Capitul.*, Table, v° *Foresta*. Du Cange, *h. v°*. Thévenin, n° 159. Brunner, II, 75. Dietz fait venir *foresta* de *foris, foras*. Voy. détails dans Pertile, IV, 404.

(4) Cf. t. I. Droits seigneuriaux. *Add.* sur le dr. de chasse, cf. Medicis, *De venatione, pisc.*, dans les *Tract. ill. Ict.*, 17, 391. De Launay, 1681 ; Gamare, 1681 ; Marchand, 1769 ; M., 1775. Dufrénoy, Thèse, 1896. Boulin, *Dr. de chasse*, 1887. Faidez, *Hist. du dr. de chasse*, 1877. Stieglitz, *De jure venat.*, 1828. *Encicl. giur. ital.*, v° *Caccia*, Pertile, § 138. Salvioli, § 220. *KVJ*, IV, 3e s., p. 69. Lux, *Erwerb. d. Eigenth. an jagdb. Thier.*, 1896. W. Sickel, *Z. Gesch. d. Bannes*, 1886. Schupfer, *Allodio*, 38. Brünneck, *De dominio ferarum*, 1863. Post, *Grundr.*, p. 706. — Beaune, p. 81. Britz, p. 650. Gui Pape, q. 218 (bibl.). Astruc, p. 224 (chasse en Languedoc). Sur les délits forestiers, cf. Saleilles, *NRH*, 16, 90. *Sachsensp.*, 61. E. Mayer, § 13 et 14, § 10.

(5) Cf. *Roth.*, 309 et suiv. *Sachsensp.*, 2, 62, 1. Petrus, 3, 44. Pasquier, *Inst.*, p. 193. J. Faber, *Inst.*, f° 31, 1582.

(6) Déjà dans les lois barbares on envisage parfois la chasse et la pêche comme des attributs du droit de propriété au même titre que la cueillette des fruits. *Sal.*, 33, 98. *Rib*, 42, 1 ; 73 *Bai.*, 22, 11 : *ut nullus de alterius silva, quamvis prius inveniat, aves tollere praesumat, nisi ejus commarcanus fuerit. Alam.*, 102, 12. *Roth*, 309, 320. *Capit.*, 802, 39 ; 813, 18 ; 817, 7 ; 826, 3, 6. *Mir. de Souabe*, 236. Concession fréquente de la *piscatio* ou de la *venatio*. — La liberté de la chasse et de la pêche, d'accord avec les mœurs anciennes et le système de la propriété collective, est déjà attaquée par conséquent ; elle se trouve en conflit avec la grande propriété et les attributs qu'elle comporte. On arrive ainsi, à l'époque féodale, — la date varie

droit, dit le vieux proverbe allemand, sur le son de la cloche, l'oiseau dans l'air, le poisson dans les eaux (1). De ces droits sortirent, comme un résidu, le droit de chasse des nobles et les coutumes ou lois sur la police de la chasse ou de la pêche (2).

22. — **Régale des eaux** (et des voies publiques) (3). — Le droit de l'époque franque oppose les *flumina publica* aux *aquae aquarumque decursus*, à peu près comme il distingue les *viae publicae* des *viae convicinales* (les premiers, ou chemins *ubi rex vel dux egreditur*, *Heerstrasse*, chemin du roi ; les autres, sentiers qui servent aux voisins pour leurs relations journalières et leurs travaux) (4). Les chemins et rivières affectés à l'usage de tous sont hors du commerce, à la différence de ceux qui sont laissés à l'usage privé. Faut-il aller plus loin et affirmer qu'ils appartiennent au roi ou aux seigneurs (5) ? La doctrine com-

suivant les lieux, — à faire rentrer la pêche et la chasse dans les régales ; c'est le contre-pied du vieil usage. L'énumération des *regalia* à Roncaglia ne comprend que la pêche ; mais la chasse lui fut assimilée. Par la suite, la liberté de chasser ou de pêcher est fréquemment concédée par le seigneur, mais il se réserve, d'habitude, une partie du gibier ou du poisson pris ; les gros poissons, par exemple l'esturgeon, lui appartiennent ; il a droit à un cuissot de chevreuil. *TAC. Norm.*, c. 68. — Italie : détails dans Pertile, IV, 411.

(1) *Jostice*, p. 268. Sur les essaims d'abeilles, *Wis.*, 8, 6, 1. *Roth.*, 319. *Bai.*, 22, 8. Petrus, III, 45. Voy. aussi les romanistes, par exemple J. Faber, dans ses *Inst.* Pasquier, *Inst.*, p. 199. *Et. de saint Louis*, I, 172. Ferrière, Guyot, *h. v°*. Fournel, *Voisinage*, *ibid.* Le *M. de Souabe*, 301, permet de les poursuivre pendant trois jours ; le *Sächs. Weichb.*, 118, autorise le premier venu à s'en emparer immédiatement.

(2) Sur le dernier état de la législation, cf. Pothier, *Propriété*, etc. Ferrière, v° *Chasse*, etc. (bibl.). L'Ord. de 1681 réglemente la pêche maritime et la récolte des produits de la mer.

(3) Cf. t. I. Droits seigneuriaux. — Wodon, *Dr. des eaux*, 1874. *Dig. ital.*, v° *Acque*. Sclopis, *Acad. sc. mor.*, IV, 289. La Mantia. *Demanio s. spiaggie* (dr. sicilien), 1889. Pertile, IV, 395. Salvioli, § 222. Gelfcken, *Wasserrecht*, *ZSS. GA*, 1900, 173. Stobbe, § 64, t. I, p. 535 ; § 144. Astruc, *Tutelle*, p. 191 (eaux, pêche). E. Mayer, § 9.

(4) *Bai*, 10, 19. *Alam.*, 83. *Roth.*, 151. *Wis.*, 8, 24 et suiv. Actes nombreux où il est question de fonds de terre avec *exitus et reditus*, etc. — Waitz, *VG*, 4, 114 (*nostra est regalis aqua*). Const. de Frédéric I^er^, 1158 (*L. Feud.*, 2, 56). Beaum., c. 25. Pasquier, *Inst.*, p. 164.

(5) Durant l'époque féodale, le roi et les seigneurs justiciers se disputent les rivières navigables ; à l'époque monarchique, le conflit est tranché en faveur du roi. Ord. 1669, 27, 41. Mais il existe toujours à propos des rivières non navigables entre le seigneur justicier, le seigneur foncier ou même les simples censitaires. Cf. Bout., I, 73. *Et. de saint Louis*, I, 131. Lorris, t. 6. Loysel, *loc. cit.* (et bibl.). Beaune, p. 87, 88.

mune est ainsi formulée par Loysel, 232 : *Les grands chemins et rivières navigables appartiennent au roi ; les petites rivières et chemins sont aux seigneurs des terres et les ruisseaux aux particuliers tenanciers* (1). De là, pour le roi et les seigneurs, le droit aux îles qui se forment au milieu des rivières (et des mers) (2), aux alluvions, au lit du fleuve, la faculté d'établir des pêcheries, des péages, des moulins (3), des ports. A cette thèse féodale s'oppose le système qui fait des eaux courantes une chose commune sur laquelle le roi exercerait simplement un droit de haute police dans l'intérêt général ; il en résulterait, au profit des particuliers, la liberté de la pêche, de la navigation, le droit d'occuper les îles, etc.

§ 2. — *Régime de la propriété mobilière* (4).

1. — **Mobilia non habent sequelam.** — Si notre ancien droit

(1) *Wis.*, 8, 4, 29. *L. Feud.*, 2, 56 : *flumina navigabilia.* Dimensions. Loysel, 232 et suiv. (bibliog.). Grimm, 552. Ferrière, v° *Chemin. For de Navarre*, 6, 4, 5. *Sachsensp.*, 2, 28 : *Swelk water strames vlût, dat is gemene to varene unde to visehene ine.* Pothier, *Propr.*, n° 264. Championnière consacra, en 1846, un livre fort érudit, *De la propr. des eaux courantes*, à soutenir la thèse que les petites rivières appartenaient aux riverains, et sa doctrine, opposée à celle de la Cour de cassation, a été consacrée par la L. du 8 avril 1898. — Pasquier. *Inst.*, p. 166.

(2) Landsberg, *op. cit.*, § 21. Pertz, *Dipl.*, 2, 461. Cf. *Sachsensp.*, II, 56, 3. Stobbe, II, 162. Loysel, 239 (bibl.). Chaisemartin, p. 172. Loysel, 236 : la rivière ôte et donne au seigneur justicier, mais mote ferme demeure au propriétaire très foncier. Sur l'alluvion, cf. Chardon, 1830. *Dig. ital., h. v°.* Anciens auteurs, Bartole, *Tibériade;* Carmagnola, 1793, etc. Pasquier, *Inst.*, 188.

(3) Dès l'époque franque, concession du droit du faire des moulins. Pertile, IV, 400 (dipl. de 1159). *L. Feud.*, 2, 56. *TAC, Norm.*, c. 60. *TAC. Bret.*, 249. *Et. de saint Louis*, I, 111. Beautemps-Beaupré, *Cout. de l'Anjou*, I, 134. Add. Pasquier, *Inst.*, p. 270, 169.

(4) Bibliographie. — Denyssen, *De paræmia juris hod. : mobilia non habent sequelam*, 1799. — Budde, *De vindicatione rer. mob. germ.*, 1837. — Laband*, *Vermogensrechtl. Klagen* (dr. saxon au moyen âge), 1869. — Fruin, *De Anefang en slichte clage umme de varende have*, 1871. — Thévenin, *Mobilienvindication n. d. altfr. Rechtsq. d. MA. ZRG*, 1873. — Heusler*, *Beschränk. d. Eigenthumsverfolg. bei Fahrhabe*, 1871; *Gewere*, 1872; *Inst.*, II, § 113-120, 1886. Del Vecchio, *Arch. giur.*, 1878, p. 19, 236. — Kern, *Entwick, d. Grundsatz : Hand muss Hand wahren*, 1881. — Jobbé-Duval*, *Et. hist. s. la revendic. des meubles en dr. fr.*, 1881. — Hermann*, *Allgerm. Mobiliarvindication*, 1886 (*Unters.* de Gierke). — London, *Anefangsklage*, 1888. — Van Bemmelen, *Le système de la propriété mobilière*, 1888 (C. R. *NRH*, 1889, 444). — Thèses : Orlieb, 1871; Raynaud,

a toujours reconnu la propriété mobilière (1), il ne l'a pas protégée, selon l'opinion commune, par la voie de la revendication ; contrairement aux règles romaines, il part du principe : **meubles n'ont pas de suite**. D'où vient cette particularité ? Quelles sont les origines du brocard contenu dans l'art. 2279 du Code civil : *En fait de meubles, possession vaut titre ?* Problème délicat dont la solution est encore fort discutée.

Le point de départ de notre ancienne législation est dans le système de protection des droits par des actions *ex delicto* à l'exclusion de tous autres moyens. Le propriétaire de l'objet mobilier n'a pour reprendre celui-ci que les ressources habituelles aux époques primitives : la vengeance privée d'abord, puis l'action *ex delicto* qui remplace celle-ci. Tantôt le meuble est volé ou bien il est perdu et l'inventeur se l'approprie sans prendre les précautions imposées par l'usage, ce qui le fait traiter comme voleur. Tantôt celui qui a reçu l'objet en s'engageant à le restituer refuse de tenir sa promesse. Dans les deux cas, le propriétaire est dépouillé ou, ce qui est la même chose, privé de son bien ; celui qui le dépouille, l'auteur du délit, est sous le coup d'une action *ex delicto*, mais lui seul y est exposé ; le tiers acquéreur entre les mains duquel l'objet est passé (acheteur, donataire, etc.), y échappe, qu'il soit de bonne ou de mauvaise foi (2) : d'où il suit que le propriétaire ne pourra pas toujours

1873 ; de Gourmont, 1879 ; Poincaré, 1883 ; Piedelièvre, 1884. — Viollet, p. 571 (bibl.) ; *Et. de saint Louis*, I, 116. — Glasson, III, 59, 396 ; VII, 233. — Rivière, *Rég. de la propr. mob. en France*, 1865.

Sohm, *Procéd. de la L. Salica*, trad. fr., p. 35. — Stobbe, § 145 (bibl.). — Schrœder, p. 270-372, 698 (bibl.). — Heusler, § 79, 113. — Huber, § 153. — Brunner. *Gründzuge. d. deut. Rechtsh*, § 48. — Pollock et Maitland, t. II, p. 148. — Salvioli, § 207 (bibl.). — Pertile, § 140. — *Add.* Post, *Grundlagen*, p. 325 et suiv.

(1) Sur l'occupation des objets mobiliers (chasse, pêche, épaves, etc.)., cf. ci-dessus, p. 216, t. II.— Sur l'acquisition des fruits, voir ci-après, Propriété foncière. Usage d'apposer une **marque** (*Hausmarke*, marque de famille) sur les objets mobiliers à l'effet de les reconnaître, comme on immatricule des effets dans un régiment. Défense d'*intertiare* pour les objets dépourvus d'un *probabile signum*, dans la *L. Rib.*, 79, 2 ; cf. 33. *Sal.*, 9, 2 ; 27, 19 ; 33, 2 (trouer l'oreille au bétail). *Burg.*, 33, 1. *Roth.*, 348, etc. Cf. Geffcken, *L. Sal.*, p. 185 (textes et bibl.). Schrœder, p. 14. Homeyer, *Haus-u. Hofmarke*, 1870. — Droit de marque ou de représailles au moyen âge. Bergerac, 104. Toulouse, 4, 9. Statuts de Marseille, 1253, 3, 5, et 4, 26. Lettres de marque. Du Cange, v° *Marcha*. Ragueau, v° *Marque*. Ferrière, etc., *ibid.*

(2) A moins qu'on ne puisse l'accuser de complicité matérielle permettant de l'assimiler au délinquant lui-même, ce qui sera fort rare.

recouvrer son bien. Aux actions délictuelles s'ajoutèrent ou se substituèrent avec le temps des actions civiles; elles eurent beaucoup de peine à se dégager de l'élément pénal qu'elles contenaient, témoin l'obscurité et l'insuffisance des sources.

2. — **Epoque barbare.** — Si obscurs que soient les documents, leur examen laisse l'impression qu'on n'est pas très loin de l'état de choses primitif; contre celui qui *malo ordine possidet*, le propriétaire d'un meuble n'est armé que d'actions pénales ou d'actions données sous des conditions analogues et soumises aux mêmes restrictions. Les controverses de détail, à propos desquelles l'hésitation est permise, ne paraissent pas de nature à ébranler ce résultat général. Distinguons, afin de bien comprendre l'économie du droit barbare, entre le cas où le propriétaire d'un meuble s'en est dessaisi volontairement et celui où le meuble lui a été enlevé contre son gré, c'est-à-dire a été perdu ou volé.

3. — A° **Dessaisissement volontaire.** — L'objet est prêté, déposé, donné en gage, etc. Le propriétaire a une action en restitution (1) contre l'emprunteur, le dépositaire, le créancier gagiste, etc. Il obtiendra ou la chose elle-même ou sa valeur, si la chose a péri ou que l'*accipiens* en ait disposé. Dans ce dernier cas, si celui-ci est insolvable, le propriétaire ne gagnera rien à agir contre lui; il aurait besoin d'une action contre le tiers détenteur. On lui refuse l'action réelle, soit que le droit barbare ne connaisse pas la revendication mobilière, soit, ce qui semble plus exact, que la revendication existe, mais qu'elle soit subordonnée aux mêmes conditions que les actions *ex delicto* (2); seules, quelques lois qui ont subi l'influence romaine accordent l'action réelle contre les tiers (3). Comment expliquer cette sin-

(1) Action *de re praestita*, d'après la *L. Sal.*, 51. Ci-après, Contrats. Cette action eut, d'abord, un caractère pénal, ainsi que l'a. *depositi* à Rome: d'après la L. Salique, elle serait plutôt une action civile *ex contractu*. La formule *quia res meas noluisti reddere* n'implique point à la charge du demandeur la preuve de sa propriété; il suffit qu'il démontre le prêt. Cf. Geffcken, *L. Sal.*, p. 203, et les auteurs cités.

(2) Heusler considère comme réelle toute action avec la formule : *malo ordine possides*; et c'est une action de ce genre qui est donnée ici. On peut la qualifier de revendication, mais c'est une revendication fort différente de la *vindicatio* romaine. On peut dire aussi, avec Jobbé-Duval, qu'il n'y a pas de revendication; le résultat pratique, au point de vue auquel nous nous plaçons, est le même. Cf. Pertile, IV, 255. Hermann, p. 69.

(3) Il est bien entendu qu'il n'a pas davantage d'action personnelle *ex*

gularité du droit barbare (1)? Il semble qu'il aurait dû s'introduire dans cette législation un moyen de protection plus énergique de la propriété mobilière (2). Deux explications principales ont été présentées.

1° L'action contre le possesseur précaire qui répond même des cas fortuits, suffit au propriétaire du meuble : *où tu as*

contractu ou *ex delicto*, car il n'y a pas de contrat ou de délit entre lui et le propriétaire. L'existence de la revendication mobilière, admise par les historiens du droit du commencement du dix-neuvième siècle, cf. par exemple Eichhorn, § 261, a été encore affirmée récemment par Hermann, *op. cit.*, p. 69, qui critique la plupart des idées reçues et voit dans la thèse contraire une opinion dérivant de la doctrine d'Albrecht sur la *Gewere*. Principaux arguments : A° Nulle part les textes barbares ne formulent la règle de l'exclusion de la revendication. B° Il y a, au contraire, des lois qui la donnent au propriétaire en termes formels : Euric, 289. *Wis.*, 5, 4, 8. *Bai.*, 16, 4. *Alam.*, 90. *Rib.*, 72, 1. Burg., 83, 1. *L. Pap. Roth.*, 232, 5, Ina, 35, 1. — Ce point de départ accepté, il s'agit d'expliquer la formation de la règle : *meubles n'ont pas de suite*, qui figure dans les textes postérieurs, et le fait qu'elle se trouve précisément dans les législations où l'élément germanique occupe une place prépondérante. Hermann présente des conjectures ingénieuses. On peut dire aussi que la maxime n'avait pas la portée qu'on lui attribue; elle ne viserait que certaines restrictions à la revendication, par exemple l'absence du droit de suite en matière d'hypothèque, ou l'impossibilité pratique de reconnaître des meubles qui n'ont pas de marque ou de signe particulier. La jurisprudence, s'inspirant de ces précédents et voulant donner une plus ample satisfaction aux intérêts du commerce qui grandissait, aurait supprimé la revendication du propriétaire et serait ainsi arrivée à l'art. 2279 C. civ.

(1) La rev. mob. apparaît, au contraire, dans beaucoup de législations anciennes, par exemple L. de Manou, 8, 201 : Coutumes kabyles, d'après Hanoteau et Letourneux. *La Kabylie*, II, 223.

(2) Les partisans de ce système répondent aux arguments de l'opinion précédente en disant que les textes invoqués par elle ont subi l'influence romaine et que si le refus de la revendication n'est pas formulé expressément dans les documents de l'époque barbare, cela s'explique par les motifs généraux donnés au texte (Cf. silence des textes anglais de l'époque féodale). — En faveur de leur thèse, ils donnent surtout les raisons suivantes : *a*) la procédure ancienne était pauvre d'actions; si elle avait admis la revendication mobilière, les textes l'auraient organisée dans son application contre les tiers; leur silence sur ce point est décisif; cf. action de vol; *b*) l'exclusion de la revendication se comprend dans le système des lois barbares, où le civil et le criminel se confondent, où il n'y a place que pour des plaintes (*clamores*); *c*) la maxime coutumière *meubles n'ont pas de suite* n'est point présentée dans les sources postérieures comme une innovation, et l'état économique du douzième siècle ne rendrait pas compte d'une innovation dans le sens de l'exclusion de la revendication; *d*) enfin on cite les lois d'Hoel le Bon, *Code Vénédotien*, n. 32 (cf. Hermann, p. 84). — Ces raisons, quoique fondées à nos yeux, laissent place à la controverse.

laissé ta confiance, il te faut la rechercher, dit un vieux brocard germanique (1), il n'a qu'à s'en prendre à lui de l'avoir mal placée; il ne pouvait ignorer qu'il s'exposait à bien des risques (2); et on ne saurait obliger les tiers qui traitent avec ce possesseur, qui le voient détenir l'objet sans être inquiété, depuis longtemps peut-être, qu'aucun fait public, comme la perte ou le vol, ne met sur leurs gardes, à faire une enquête sur ses titres; 2° Dans une autre opinion, on rend raison de l'absence de revendication par les caractères de l'ancienne procédure; la vieille coutume organise des procédures formalistes basées sur des actes solennels, comme la remise de la *festuca*, ou sur des faits matériels tels que la livraison d'un objet; en dehors des délits et des actes de ce genre, on ne conçoit pas de procédure; or, ici, on ne peut reprocher de délit au tiers détenteur, entre lui et le propriétaire, il n'y a eu ni acte matériel ni solennité sur lesquels il soit possible d'édifier une action. A notre avis, la raison de procédure et la raison de fond se sont prêtées un mutuel appui (3).

(1) *Wo du deinen Glauben gelassen hast, musst du ihn suchen.* Chaisemartin, *Proverbes du dr. germ.*, p. 195. Glanville, 10, 13, 2 : *initium habuit sue detentionis per dominum illius rei.* Hermann, p. 129.

(2) L'*accipiens* peut détruire l'objet, le faire disparaître, refuser d'agir en cas de vol ou de perte. Il y a avantage pour le propriétaire à laisser l'*accipiens* exercer contre le voleur la périlleuse action de vol.

(3) Autres explications, cf. Jobbé-Duval, p. 85. — 1° *Mobilium vilis possessio.* Renaud, *R. de lég.*, 1845, 371. Cf. ci-contre, p. 202. t. II.— Importance de la possession dans le droit germanique; le propriétaire qui n'a plus la possession est définitivement dépouillé (sauf en cas de vol). Cf. Albrecht, *Gewere*, p. 91. Il devrait en être de même en matière immobilière. — 3° Le propriétaire du meuble a commis une imprudence, tandis qu'on n'a rien à reprocher à l'acquéreur de bonne foi. Walter, *D. Rechtsg.*, n. 705. — Considération bonne pour notre époque; l'ancien droit raisonne un peu différemment; il dit au propriétaire : là où tu as laissé ta confiance... Il ne punit pas le propriétaire imprudent qui a mal attaché son cheval en lui défendant de le réclamer à un acquéreur de bonne foi. Quand l'objet prêté a été volé à l'emprunteur et qu'il n'y a par conséquent rien à reprocher au propriétaire, ce dernier n'a point d'action contre le voleur. — 4° L'emprunteur a le droit d'aliéner l'objet reçu comme l'acquéreur fiduciaire à Rome. Gerber, *D. Privatr.*, § 102. — Cette opinion se confond avec celle qui est exposée au texte en premier lieu. — 5° Il y a présomption de propriété au profit du tiers acquéreur, du moment où le meuble n'est ni volé, ni perdu. Bar, *Beweisurth.*, 150. — Sans doute, mais pourquoi le propriétaire véritable ne serait-il pas autorisé à écarter cette présomption. — 6° Caractère exécutoire de la procédure germanique (cf. *pignoris capio* en dr. rom.); le procès se présente plutôt comme une saisie que comme un débat contra-

4. — B° **Perte ou vol** (1). — Notons d'abord que l'inventeur est assimilé au voleur, quand il ne remplit pas les formalités d'usage destinées à porter le fait de l'invention à la connaissance des tiers; ce que nous dirons du vol s'appliquera donc à la perte (2). D'après le droit franc, la victime du vol se met à la recherche de l'objet qui lui a été enlevé (3): elle appelle ses voisins, les somme de l'assister, se met à la tête de leur groupe (*trustis*) (4) et suit à la trace l'animal (ou l'objet) volé (**vestigium minare**) (5). Si les traces conduisent à une maison, le volé y pratique une perquisition domiciliaire (*scrutinium*) dans des conditions qui rappellent la *perquisitio lance licioque* du droit romain (6). Une fois l'objet retrouvé à la suite de cette procé-

dictoire (*Betreibungsverfahren* dans les cantons suisses). Or, il n'y a pas de titre exécutoire contre le tiers acquéreur, pas de saisie possible dès lors (Heusler, *op. cit.*). — Jobbé-Duval, p. 89, objecte qu'au seizième siècle, la revendication est admise en France, et que souvent, néanmoins, la procédure débute par une saisie. — Il n'en est pas moins vrai qu'il y a d'étroits rapports entre cette opinion et celle qui figure au texte : si la procédure ancienne débute par une saisie, cela tient aux raisons données au texte.

(1) Ci-contre, Obligations, Délits. Voy. en particulier Brunner, *D. Rechtsgesch.*, II, § 139. *Antiq. Glossar.*, v° *Diebstahl.*

(2) *Rib.*, 75 : *si quis caballum, hominem, vel quamlibet rem in via porpriserit, ... per 3 marcas illum ostendat, et sic postea ad regis stapplum; sin aliter egerit, fur judicandus est.* Cf. *Rib.*, 80. *Roth.*, 343. *Wis.*, 8, 4. 14; 5, 6. *Bai.*, 2, 12. *Alam.*, 84. *L. Guill. le Conq.*, I, 6 (Schmid, p. 324). *Magd. Fr.*, I, 13, 1. — Hermann, p. 158 (*per tres marcas*). Chaisemartin, p. 492 : cacher une trouvaille est la même chose que voler. — Cf. ci-contre, Epaves, *Petrus*, 3, 4.

(3) On suppose que le voleur n'est pas connu; sans quoi il n'y aurait qu'à intenter contre lui l'action de vol.

(4) *Sal.*, 66. Hessels, *Gragas*, éd. Schlegel, 2, 193. Cf. *Dec. Chlot.*, § 16 : recherche officielle par le centenier à la tête d'une *trustis*, probablement au cas où il faut aller hors de la centaine; responsabilité du vol à la charge de la centaine où les traces conduisent, si l'objet n'est pas retrouvé. Cf. *Burg.*, 19, 2 (*vegius, veius* = *index viae*), *MGH. LL.*, 3, 467. *Wis.*, 7, 4, 2. *Liut.*, 81.

(5) *Sal.*, 37. *Rib.*, 47. *Burg.*, 16. *Roth.*, 208. Cf. Gaius, 3, 193. Virgile, *Aen.*, 8, 209. Hermann, p. 32. Brunner, II, 496. London, p. 363. — La suite à la piste se retrouve en Grèce, chez les Scandinaves, etc. Grimm. *RA.* 639. Dareste, *Etudes*, p. 299. Post, *Ethnol. Jurisp.*, II, 418.

(6) Anciennement, le *vestigium minans* était autorisé à pénétrer de force dans la maison, mais à charge de payer une amende si l'objet n'était pas découvert (*Alam.*, 5, 3. *Bai.*, 11, 2. *D. Tassil.*, 4, 13. Cout de Jutland, 2, 97. Cout. du roi Christophe, 13. 2). Dans un autre système, la violence était interdite, mais qui s'opposait à la perquisition était traité comme voleur (*Rib.*, 47. *Burg.*, 16, 103. Brunner, II, 497). Cf. action *furti prohibiti*. A l'époque féodale, pari avant la perquisition. — Peines contre qui cache

dure qui constitue un cas remarquable de *Selbsthülfe*, le *vestigium minans* constate qu'il porte sa marque, la suit et déclare qu'il est à lui. Par cela seul que la poursuite a eu lieu de suite, sans interruption, et que l'objet a été retrouvé dans un bref délai (trois nuits), le **délit** sera tenu pour **flagrant** (1); le volé sera autorisé à reprendre l'objet entre les mains du détenteur (2) et la procédure sera close par là.

5. — Si l'objet n'est retrouvé qu'après l'expiration du délai légal (trois nuits), **le vol n'est plus flagrant** et la procédure n'est plus aussi simple. A la phase extrajudiciaire s'ajoute (3) une phase judiciaire. La mainmise sur l'objet, l'*Anefang* du Miroir de Saxe (4), qui clot la phase extrajudiciaire, en devient le point de départ. Ses formes rappellent celles de la *Légis actio per sacramentum* (simulacre de combat), à cette différence près qu'elles ont lieu hors du tribunal. Le demandeur saisit l'objet de la main gauche et, de la droite armée, jure qu'il met la main sur sa chose (c'est-à-dire sur une chose qui lui a été enlevée)(5);

l'objet volé chez autrui (*firinbero*). *Sal.*, 16, 1; 17, 1; 34, 4. *Rib.*, 45, Gaius, 3, 187 (a. *furti oblati*).

(1) La différence entre le vol flagrant et le vol ordinaire s'explique aisément par l'idée de vengeance; la colère de la victime est plus vive lorsqu'il prend le coupable sur le fait (Cf. dr. rom. : *furtum manifestum* et *nec manifestum*). Même observation pour le caractère extrajudiciaire de la procédure. Jobbé-Duval, p. 76. *Sachsensp.*, 2, 35. — *Ligatio* du voleur pris sur le fait. *Rib.*, 41, 73, 77. *Sal.*, 32. *Burg.*, 32. Peines plus élevées. *Withr.*, 25. *Aethelst.*, 4, 3, 6. — Le détenteur est-il traité comme voleur par cela seul? Controv. Oui, d'après Jobbé-Duval. En sens contraire, voy. Brunner. — Glaber, 3, 6. Cout. du Jutland, 2, 106 (il n'est pas admis à se défendre). *Rib.*, 41, 2. *Pactus Childeb.*, c. 10.

(2) *Sal.*, 37 : *res suas per tercia manu agramire debet*. Interpr. diverses : il reprend sa chose, mais il doit pour cela jurer avec trois cojureurs qu'elle est à lui, cf. *Et. de saint Louis*, II, 26. *NRH*, 1878, 220 (Jobbé-Duval, Heusler); il doit promettre avec caution de prendre fait et cause pour le tiers acquéreur (Brunner). *Adramire* signifie, d'ordinaire, promettre par *fides facta Rib.*, 33, 4. Rozière, n° 479. Thévenin, *NRH*, 1880, 91; 1879, 333. *Bord.*, 147. Du Cange, *h. v°*. Geffcken, p. 154 (bibl.). Schrœder, p. 373 (textes). Hermann, p. 113.

(3) Cf. London, p. 92. Le lien entre la *vestigii minatio* et l'*Anefang* est contesté.

(4) *Anfangen* = saisir. Hermann, p. 86. — Autres applications de cette procédure. Behrend, *Anefang u. Erbengewere*, 1885. — Pour Sohm, l'*Anefang* est un acte formel. Critique de cette idée dans London, p. 34. — Il se fait en justice au treizième siècle (*ib.*, p. 52) en Allemagne.

(5) Le dépositaire, etc., ne pourrait pas jurer *quod in propriam rem* (*Rib.*, 33, 1), si c'était là une affirmation du droit de propriété, Stobbe, II, 616.

son adversaire, dans la même position, jure, de son côté, que la chose est à lui ou qu'il tire à garant, *quod ad eam manum trahat qui ei ipsam rem dedit* (1). C'est ainsi seulement que le détenteur peut se purger de l'accusation de vol impliquée dans ces formalités (*exuere se de latrocinio*, dit la loi Salique). Au premier cas, le procès se vide selon les règles ordinaires ; au deuxième, il se complique d'un recours en garantie. Toujours, il est nécessaire que les parties (2) se présentent en justice avec l'objet litigieux (3). Le défendeur peut établir l'existence à son profit d'un mode d'acquisition originaire (4) ; par là, il fait tomber l'accusation. Dans l'hypothèse où la chose lui a été transmise, il se trouve dans la nécessité de designer son auteur et de promettre de le faire comparaître en justice (*intertiatio*) (5). Le recours en garan-

Aist., 5 : *terra mea est per usumfructum*. Forel. *Chartes communales du pays de Vaud*, 1872, p. 98, § 15.

(1) Nécessité d'une réponse immédiate sous peine de voir le demandeur s'emparer de la chose. Arg. a *contr.*, *Sal.*, 37. *Roth.*, 232. *Burg.*, 83, 1. — Il se peut que le détenteur réponde *quod fordronem suum nescial* (*Rib.*, 33, 4. *Sal.*, 47, 2. *Bai.*, 9, 7. *Lib. Pap. Roth.*, 232) et le jure devant le tribunal; il n'est pas puni comme voleur, mais se borne à restituer la chose. Ina, 25. London, p. 316. Beaum., 34, 3.

(2) Engagement pris par elles. *Lib. Pap. Roth.*, 231. *Burg.*, 83. Délais variables suivant que le garant est plus ou moins éloigné. *Sal.*, 47 : 40 ou 80 jours. *Rib.*, 33. Aethelr., 2, 8. Hloth., 7, 16. *Roth.*, 231. — Suites du défaut : mise *extra sermonem regis*, saisie des biens du contumax. Cf. Beaum., 34, 3.

(3) Sur la présence de l'objet en justice, cf. *Alam.*, 87 (motte de terre sous scellés). *Bai.*, 12, 3, et 16, 17. Houard, *Coul. anglo-norm.*, III, 645. Mort de l'esclave volé : on l'enterre dans un carrefour, les pieds liés par une branche tordue, *retorta*, qui sort de terre et qui doit *de manu in manu ambulare* jusqu'à ce qu'on arrive au voleur. *Rib.*, 72. — Esclave en fuite : faute de le représenter dans le délai légal, la culpabilité de l'accusé se trouve démontrée; mais le Capit. 803, 13, lui permit de se justifier par serment. — Cf. *Alam.*, 87. *Bai.*, 12, 3, et 16, 17. *Roth.*, 313. — Sur le *quadruvium*, cf. Hermann, p. 139.

(4) Par exemple, il s'agit d'un animal né dans son étable. *Sal.*, 99 Hessels). *Bai.*, 16, 11. *L. Pap. Roth.*, 232. L. de Guill. le Conq., 1, 21. *Aethelst.*, 2, 9. *M. de Souabe*, 2, 93. Cap. Childeb., c. 1. Bf. Hermann, p. 53. London, p. 162, 342.

(5) *Sal.*, 47. *De fillortis. Si quis servum aut caballum, etc., super alterum agnoverit, mittat eum in tercia manu et ille super quem cognoscitur debet agramire.* Cf. *Cap. extrav.*, 5, *Rib.*, 33 : *Si quis rem suam cognoverit, mittat manum super eam. Et sic illi super quem interciatur, tercia manu queral, tunc in praesente ambo coniurare debent cum dexteras armatas et cum sinixtras ipsam rem teneant. Unus iurit quod in propriam rem manum mittat, et alius iuret quod ad eam manum trahat, qui ei ipsam rem dedit.* Cf. *ibid.*, 71. — Au sujet du mot *fillortis* (*fellroctum*), interprè-

tie se poursuit ainsi de garant en garant jusqu'à ce qu'on arrive à l'auteur primitif (1). Provisoirement, la chose reste entre les mains du détenteur actuel; on a cru qu'elle était confiée à un sequestre, ce qui nous semble plus rationel et ce que l'on fit par la suite; mais, à l'époque franque, la responsabilité très lourde qui pesait sur le détenteur parut suffire pour assurer le représentation en justice de l'objet litigieux (2). Devant le tribunal cet objet passait des mains du détenteur entre celles du garant et celui-ci prenait fait et cause pour lui; le détenteur disparaissait de l'instance (3). Si le garant refusait d'accepter l'objet, il y avait lieu entre lui et le détenteur à un procès qui se vidait par le duel; le détenteur convaincu d'avoir recouru en garantie sans raison était puni comme voleur (4).

6. — L'action dont nous venons d'esquisser la procédure, la seule qui naisse du vol, est une **action pénale**, qu'elle soit dirigée contre le voleur lui-même (*actio furti* proprement dite) ou contre un tiers détenteur (prétendue revendication mobilière) (5).

tations les plus contradictoires : Grimm le traduit par *fil tordu;* Hermann par *propriété de la marche;* Zœpfl, Brunner, par *de la poursuite des malfaiteurs* (*fil, fel* = *manus homo,* cf. dans la langue postérieure, *félon*; *Cap.*, éd. Bor., II, 440; *torht, trockt* = *trekken, ziehen*). Cette dernière interprétation est seule correcte. Cependant Kern propose de lire : *fir-torht* = *vertrekken, producere, vocare ad warrantum.* — *Mittere in tercia manu, intertiare* veut dire : renvoyer en mains tierces, obliger le détenteur à recourir à son auteur. L'*agramitio* est la promesse de faire comparaître son garant (*fordro* = *vordermann*; *werento*). Cf. en sens contr., Du Cange, v° *Intartiare.* Hermann, p. 99 et VII. Bibl. dans Geffcken, *L. Sal. Entiercer* dans le sens d'arrêter, saisir : Orléans, *AC*, 379, 380; *NC*, 444, 454. Amiens, treizième siècle, 76. *Jost.*, p. 309. Jobbé-Duval, p. 42.

(1) *Rib.*, 72, 1, *Bai.*. 16, 11. Pas de limite dans ces recours successifs, au moins à l'origine. Brunner, *DRG*, II, 502. L. d'Otton I^er^, a. 967 (formule : *non debeo ire super tertium warentem et tertium comitatum*).

(2) Cf. en part. *Rib.*, 74.

(3) Ci-après, théorie de la garantie. Vente. Voir Hermann, p. 64. *Lib. Pap. Roth.*, 231 : *Longobardus semper dat auctorem et nunquam stat loco auctoris; Romanus semper stat loco auctoris et nunquam auctorem dat.*

(4) *Rib.*, 33, 3. Cap. 803, *ad. l. Rib.*, 7. Loersch et Schr., n° 93. Ass. de Jérus., *C. des B.*, 256. Loysel, 699 : *Qui tire à garant et garant n'a, sa cause perdue a.*

(5) Opinions très diverses sur la nature de l'*Anefangsklage*; cf. analyse dans London, *op. cit.*, Introduction. — Le caractère pénal de l'action résulte de ce qu'elle est donnée à un non propriétaire; de ce que, si le demandeur échoue, il encourt une peine; de ce que le volé ne peut agir à la fois contre le voleur et le tiers détenteur. — Les gloses des lois lombardes attestent qu'on abandonna cette action pour procéder selon le droit romain.

Seul, le volé est autorisé à l'exercer, qu'il soit propriétaire ou non : le commodataire, le gagiste, etc., peuvent agir, car il suffit que la chose qu'ils ont régulièrement en leur possession, leur soit enlevée pour qu'ils tirent vengeance de l'injure reçue ou qu'ils exercent l'action, forme adoucie de la vengeance (1) ; en pareil cas, l'action de vol échappera au propriétaire (2). Le volé ne pourra pas agir à la fois contre le voleur et contre le tiers détenteur. S'il échoue dans sa poursuite, il encourra les peines du vol (3). Le talion est la compensation des risques que court le défendeur dans la procédure périlleuse dirigée contre lui ; là où le droit s'est adouci, les peines sont moindres (4). Le défendeur condamné paye à son adversaire la composition pour vol, lui restitue l'objet volé ou sa valeur, si cet objet n'existe plus, et, en outre, lui donne une somme pour l'indemniser du retard qu'il a mis à le lui rendre (5) : ces trois chefs sont désignés dans la loi des Ripuaires par les mots : *texaga capitale* et *dilatura* (6).

7. — **Epoque féodale** (X^e^-XIV^e^ s.). — A° **Dessaisissement volontaire.** — Le droit coutumier semble partagé entre deux tendances opposées, l'une, romaniste, donnant la revendication au propriétaire (7), l'autre, germanique, la lui refusant ; dans

(1) Bref délai (peut-être an et jour), car qui laisse passer le temps d'usage est censé renoncer à se venger. L. de Guill. le Conq., 1, 3 et 6 ; 1, 21. Hermann, VI, 105, 109. *Dec. Childeb.*, 3 (10 ans).

(2) Ce qui démontre que l'action n'est pas donnée au dépositaire, etc., uniquement parce qu'il est mieux renseigné et mieux placé pour agir que le propriétaire ; ce n'est pas toujours vrai. Pertile, IV, 257, soutient, il est vrai, que le propriétaire aura l'action, par exemple si le dépositaire est insolvable. — *Rib.*, 72. *Cap.*, 803, c. 12. *Liutp.*, 131 *Wis.*, 5, 5, 3. *Bai.*, 15. *Schwabensp.*, 230. Schreuer, *Verbrechenskonkurr.*, p. 60. Schröder, p. 348.

(3) *Bai.*, 9, 18. *Roth.*, 242. *Aethelr.*, 2, 9.

(4) *Burg.*, 19, 2 ; 83, 2. *Rib.*, 47, 3. *Sal.*, 92 (Hessels). Dec. Child., c. 3. *Sachsensp.*, I, 53 : II, 35. *Schwabensp.*, 317. Sur le dr. hindou, scandinave, cf. Jobbé-Duval, p. 69.

(5) *Rib.*, 17 ; 33. *Sal.*, 2, 1 et suiv. — L'amende d'*Anefang* des Coutumes du moyen âge s'ajoute-t-elle déjà à ces condamnations à l'époque barbare ? Cf. *Alam.*, 2, 88, 90. *Dec. Tassil.*, 4, 13. *Wis.*, 5, 4. 8. — Par exception, droit pour le détenteur d'obtenir le prix ou une partie du prix *Bai.*, 9, 7. *Wis.*, 7, 2, 8. Ilothar, 16. *Burg.*, 107, 8. Ci-après.

(6) Cf. *L. Fr. Cham.*, 25, 27. Jobbé-Duval, p. 68. — Sur la *dilatura* ou *wirdira*, controv., cf. Tamassia, *Arch. giur.*, 1897, p. 345. Vanderkindere, *Acad. Belg.*, 41. Grimm, *RA*, 655. Brunner, II, 624. Bibl. dans Geffcken, *L. Sal.*, p. 109. Hermann, p. 28.

(7) Cas de revendication d'une chose confiée à autrui, avec ou sans

les mêmes Coutumiers, se rencontrent des solutions contradictoires. Néanmoins, il est vraisemblable que le vieux droit prédomine encore; on peut dire qu'en général le propriétaire est réduit à une action personnelle contre le dépositaire, le gagiste, etc., à qui il a confié son meuble (1); tant pis pour lui s'il a mal

indemnité au tiers acquéreur. *Jost.*, 8, 5, 2; 19, 23, 3. Ass. de Jérus., *C. des B.*, 91, 99. Amiens, 2e Cout., 99 et suiv. Roye, 37. Roisin, n° 111. Bourges, *TAC*, 54. Varin, *Arch. lég. de Reims*, I, 38. *F. de Béarn*, p. 53, 170. Jobbé-Duval, p. 176. Pertile, IV, 256. Cf., pour le dr. allemand, Stobbe, II, 621. Beaum. (31, 16; 54, 3; 32, 15; 6, 3) reconnaît au propriétaire le droit de revendiquer (infl. romaine), sauf contre l'acquéreur de bonne foi qui « aceta en plein marcié commun, à veue et à seue de bone gent. » S'il s'agit d'un meuble volé, l'acquéreur, dans ces mêmes conditions, aura droit au remboursement du prix d'achat (25, 22). Cf. 34, 47. Bout., 1, 43. Beaum., 32, 15, admet aussi la plainte de nouvelle dessaisine au profit de celui qui, ayant un meuble depuis moins d'un an et jour, en perd la possession. Cf. Bourcart, Thèse, p. 191. Ci-contre, seizième siècle. Voir aussi théorie de la saisine. *Add.*, Beaum., 37, 3 (b. foi). Glanville, 12, 12. — *Petrus*, 2, 15; 3, 9.

(1) A° **Textes qui formulent la règle** coutumière d'après laquelle la revendication n'est pas admise. P. de Font, 12, 3 : *se aucuns requiert une chose comme siue* (sienne) *et ne dit plus, nostre usage ne reçoit mie tel claim, se la partie ne le reçoit par sa volenté.* Il faut alléguer une *reson par quoi ele parti de lui outre son gré. TAC.* Bourges (B. de Richeb., III, 880), art. 55 : *en demande de meuble n'a seulement que 4 actions : en prest, en depost, en despouille et en larrecin.* La revendication romaine ni l'action hypothécaire n'ont lieu en Cour laïc. A. Favre, *Cod. Fabr.*, VI, 27, 11 : *quod Galli dicere solent :* les meubles n'avoir point de suyte. Terrien, *s. Norm.*, p. 258. Voet, *ad. Pand.*, 6, 1, 12. Boerius, *Consuet. Bituric.*, f° 35 : *mobilia non habent sequelam.* Cf. Bessian de Pressac, s. Auvergne, 17, 1 : l'usucapion des meubles est abolie; les acquéreurs sont protégés par la Coutume générale du royaume : meubles n'ont point de suite. — Quoique ces derniers auteurs soient récents, ils donnent la règle comme ancienne. Denyssen, *Diss. inaug.*, 1796; Raynaud, Thèse, 1873, p. 113, croient que cette maxime n'est qu'une forme abrégée de la règle du seizième siècle : *meubles n'ont pas de suite par hypothèque.* Desmares, 165. *Cout. notoires du Chât.*, 23, Cout. d'Anjou de 1411, n° 288. — A quoi il faut répondre par les textes précédents et les suivants qui sont généraux et ne visent pas seulement l'hypothèque. — B° **Textes appliquant la règle.** *Jostice*, 19, 35, 3 (engagement de la chose d'autrui, au lieu que si on engage la chose volée et que ce soit su, le gage ne vaut rien). Ass. de Jérus, *C. des Bourg.*, 40, 84 (saisie de la chose prêtée au débiteur par un tiers). Roisin, p. 90, n. 111 (revendication autorisée par exception). Coutumes méridionales donnant à l'acheteur d'une chose *volée* le droit à une indemnité, si l'achat a eu lieu en foire; *a fortiori* devrait-il en être ainsi pour une chose non volée, et cependant on ne prévoit pas ce cas, parce que le propriétaire n'a pas le droit de la reprendre. Toulouse, 95, etc. *NRH*, 1880, 342 (estault à Metz). L'absence de l'usucapion des meubles en droit coutumier s'explique ainsi très naturellement (Orléans, 260. 271) : cependant il n'est pas sur que la possession d'an et jour n'en tînt pas lieu anciennement (*Compil. d. us. An-*

placé sa confiance et si l'*accipiens* en abuse pour faire passer l'objet à un tiers (1); contre ce dernier il est désarmé, même si son débiteur personnel est insolvable; les voies de recours énergiques dont il jouit (contrainte par corps, saisie privée) font de cette insolvabilité un accident assez rare (2).

8. — B° **Perte ou Vol.** — *a)* **Perte.** Le droit féodal modifia ici les anciennes règles. Les objets mobiliers perdus appartenaient au seigneur, sauf à les restituer au propriétaire, s'il les réclamait dans l'an et jour; une pareille réclamation ne pouvait avoir de caractère pénal, si l'objet perdu se trouvait entre les mains du seigneur; elle n'en eut pas davantage, lorsque, le droit du seigneur s'étant effacé, elle fut dirigée contre un tiers (Orient latin, Normandie) (3); entre cette action personnelle que l'on peut appeler *action de chose adirée* et la revendication mobilière il n'y a qu'une nuance (4).

b) En cas de **vol** (et l'on entendait toujours ce mot au sens étroit, sans y comprendre l'escroquerie et l'abus de confiance),

degav., 35); quand elle cessa d'être générale, le vieux principe coutumier s'opposa à l'admission de l'usucapion romaine de trois ans. — Cf., pour le dr. allemand, *Sachsensp.*, II, 60, 1 (refus de toute action contre les tiers détenteurs en cas de prêt, etc.). Maximes courantes : *Hand muss Hand wahren*, vers 1400 (la main doit garantir la main allusion au recours en garantie au cas où l'on trouve l'objet volé entre les mains d'un autre que le voleur; cf. sur le double sens de *wahren*, garantir, garder, Heusler, II, 213). Schrœder, p. 373. Chaisemartin, n°s 55 et 56. — Dr. anglais : au treizième siècle, le propriétaire n'a qu'une action contractuelle, *of detinue* (sur *bailment*), contre le commodataire, etc. (Bracton, f° 102b), et celui-ci est seul autorisé à exercer l'a. *furti*.

(1) Peu importe la bonne ou la mauvaise foi de l'acquéreur.

(2) Prost, *Ord. des Maiours*, p. 228. Bayonne, 53, 1; 104, 1 et suiv.

(3) L'action de chose *adirée* (perdue) est une action personnelle, purement civile, par laquelle on demande la restitution de l'objet perdu au tiers qui le détient (et non une revendication, comme le croient Thévenin, *Mobilienvindic. nach d. altfr. Rechtsq. d. M.-A.*, p. 3, et Franken, *Franz. Pfandr.*, p. 298). Elle se base sur le fait de la perte plutôt que sur le droit de propriété. Elle devait appartenir au gagiste, à l'emprunteur, etc., mais les textes la supposent exercée par le propriétaire. Sur sa procédure, cf. Jobbé-Duval, p. 159. Elle n'est mentionnée que dans les Ass. de Jérus. *C. des Bourg.*, 226 (220); J. d'Ibelin, 80, 131; Jacq. d'Ib., 54; Ass. d'Antioche, *C. des Bourg.*, 9; *Gr. Cout. de Norm.*, 87; Fleta, 1, 36; Britton, 118; *Reg. crim. de la just. de Saint-Martin-des-Champs*, p. 11. Cf. *Summa Norm.*, 16, 3.

(4) Cf., en droit anglais, l'action *of detinue sur trover* (Pollock et M., II, 174), et en dr. allemand, la *schlichte Klage* (Laband, *Vermög. Klag.*, p. 90), qui s'oppose à l'*Anefangsklage* donnée seulement au cas de vol. Behrend, *Obs. de actione simplici (schlichte Klage) juris germ.*, 1861.

le volé, propriétaire ou non (1), avait deux actions à son service (2); nous appellerons, l'une, *action de vol*, l'autre, *demande de chose emblée*, quoiqu'on ne trouve pas ces dénominations dans les textes (3); ce sont toutes les deux des actions criminelles; la première est plus formaliste et plus périlleuse que la deuxième (4), si bien qu'on n'y a guère recours que si la chose ne

(1) Le commodataire, le gagiste, etc., sont responsables des cas fortuits et, par conséquent, du vol; dès lors les actions naissant du vol leur appartiennent (à l'exclusion du propriétaire). P. de Font, 20, 10. *AC. Bourg.*, 18. Ass. de Jérus., *C. des Bourg.*, 56 (58) : J. d'Ibelin, 119. Fleta, 1, 37. — Réaction contre cette règle : Beaum., 31, 15 et 16. *Jostice*, 19, 35, 1. Bordeaux, 161. — L'action doit être intentée dans l'an et jour du vol ou de la perte. *Jostice*, 19, 29, 1, et 16, 1. *Gr. Cout. de Norm.*, 17 et 19. Ass. de Jérus., *C. des Bourg.*, 253 (252). — Au treizième siècle, il n'y a pas de poursuite d'office; c'est au volé et à ses parents à porter l'accusation; l'action criminelle et privée et non publique. *Jostice*, 19, 45, 2. — *Secùs*, certaines Coutumes du Midi, Bayonne, 103, 16. Lourdes, 19. Cf. Beaum., 6, 12.

(2) L'instruction préparatoire était-elle encore confiée au volé (recherches, perquisition domiciliaire)? Cf. Jobbé-Duval, p. 102. — Sur le flagrant délit, *ibid.*, p. 105; par cela seul qu'il y a poursuite, Bracton, 3, 27, 1. *TAC, Bret.*, 101. *Gr. C. de Norm.*, 81 (cf. Bayonne, 67. Ass. de Jérus, *C. des Bourg.*, 238); qui est pris sur le fait ne peut se disculper, Ass. de Jérus., *C. des Bourg.*, 241. *Gr. C. de Norm.*, 18. Beaum., 31, 4, 16.

(3) **Droit anglais**, Glanville, 10, 17. Bracton, f° 151. Fleta, 55.

La *Common law* anglaise, qui a donné au *Self-help* une large place, en faisait anciennement le procédé habituel pour recouvrer les meubles volés; mais, au treizième siècle, on décida que celui qui se rendrait justice à lui-même perdrait, à titre de peine, l'objet qu'il reprenait (Britton, 1, 115) : la vieille procédure fut dès lors abandonnée. Le volé avait deux actions : *a*) l'appel de larcin, véritable *actio furti*; *b*) l'action *of trespass de bonis asportatis*. L'appel de larcin faisait courir de grands risques à celui qui l'intentait et finit par ne pas même lui assurer la restitution des objets volés. A partir de Henri III, le *writ of trespass* est le seul moyen pratique pour la victime du vol de recouvrer la valeur de ses biens; mais, comme il supposait qu'on avait agi en employant la force et les armes contre la paix du roi, les tiers qui avaient acquis du voleur y échappaient : résultat fâcheux non seulement en lui-même, mais parce que les jurisconsultes en tirèrent l'idée que le voleur ou le *trespasser* était devenu propriétaire de l'objet dont il s'était emparé.

(4) La procédure de l'action de vol est très archaïque, comme on peut en juger par cet aperçu que j'emprunte à Jobbé-Duval, p. 107 : 1° Accusation solennelle (Ass. de Jér., *C. des Bourg.*, 246 (252), 244 (249), 88 (90); J. d'Ibelin, 62, 250. *Jostice*, 19, 4, 2. *Et. de saint Louis*, 2, 17, 19. *Gr. C. de Norm.*, 71) et offre de preuve (Beaum., 61, 4. J. d'Ibelin, 63); caution (L. de Beaumont, 24) ou mise de 4 deniers sur la chose (*Et. de saint Louis*, 2, 16. Cf. Jobbé-Duval, p. 108, 118). — 2° Dénégation immédiate du défendeur avec offre de preuve, faute de quoi la peine du vol est encourue; pas de jour de conseil, P. de Font, 13, 2; *For de Béarn*, p. 64 (*secùs*, *Et. de saint Louis*, 2, 20. *AC. de Bourg.*, 14). — 3° Jugement de preuve, Ass. de Jér., *C.*

se retrouve pas; elle ne diffère pas beaucoup de l'ancienne procédure franque contre le voleur; l'autre, de création plus récente, convient au cas où on ne s'attaque pas au voleur, mais à un tiers acquéreur; elle ne renferme pas d'accusation formelle de vol; l'accusateur qui échoue n'est pas exposé à être puni comme voleur, ainsi que cela arrive quand il intente l'action de vol (talion); le défendeur condamné n'aura, d'ordinaire, qu'à restituer la chose volée; il échappera presque toujours aux peines du vol ou n'encourra qu'un châtiment moindre. La demande de chose emblée (1) est comme une édition plus moderne, moins barbare de l'action de vol en attendant que, le ministère public ayant été créé, la voie civile et la voie criminelle se séparent et que les voleurs soient exposés, d'une part, à une poursuite d'office, d'un autre côté, à une action civile.

9. — **Indemnité.** — En général, le propriétaire qui recouvrait un objet volé ou perdu n'avait pas à indemniser le détenteur de cet objet, même si ce dernier était de bonne foi (car les questions

des B.: mise en prison des deux parties, *Et. de saint Louis*, i, 104 (*Livre des droiz*, 257. Us. de Guynes, 333). — 4° Preuve par ordalies, *L.* de Beaumont, 28; par le duel, *Jostice*, 19, 1, 2. *Gr. C. de Norm.*, 71. For de Morlaas, 87, 282; par témoins, *Et. de saint Louis*, 2, 12. *AC. de Bourg.*, 24. — Beaum., 34, 45, ne permet pas de se défendre en appelant son auteur en garantie; *secùs*, Ass. de Jér., *C. des B.*, 246 (252). — 5° Peines pécuniaires (Riom, 24. Ass. d'Antioche, *C. des B.*, 7, 60, tarif de compositions), mais en général corporelles (*Et. de saint Louis*, 1, 29, perte de l'oreille, du pied, mort; *Reg. crim. de Saint-Martin-des-Champs*, p. 220) avec confiscation des meubles (Abbeville, 2. Ass. de Jér., *C. des B.*, 227 (232). *Olim*, I, p. 240, 328). — 6° Talion contre le demandeur qui succombe. *Et. de saint Louis*, 1, 82. Beaum., 6, 16. L. Delisle, *Jug. de l'Echiq.*, 28, 206. Ass. d'Antioche, *Hte C.*, 11. Us. de Guynes, 334. Cf. Jacobi, 94, 10.

(1) Il est difficile de déterminer la nature exacte de la *demande de chose emblée* (dénomination créée par Jobbé-Duval, dont nous suivons la terminologie). Nous y voyons une action criminelle comme était l'action de vol, sans nous dissimuler que le caractère pénal s'y atténue sensiblement. Le tiers détenteur contre qui elle est intentée est « mis en demeure de s'expliquer sur la provenance » de la chose; s'il ne réussit pas à se faire mettre hors de cause par son garant, il risque d'être puni comme voleur, ou, du moins, de quelque peine inférieure (*Et. de saint Louis*, 1, 91. *AC. de Bourg.*, 76). Sur la procédure de l'action et les traits qui décèlent son caractère pénal, cf. Jobbé-Duval, p. 112-159. Formule de la demande : cette chose m'a été emblée (*Et. de saint Louis*, 2, 17. Ass. de Jér., *C. des B.*, 88 (90), *TAC. Bourges*, 53. Bordeaux, 18. Bergerac, 105); certains textes ajoutent : elle est mienne (P. de Font, 12, 1. *AC. Bourg.*, 14); mais cette variante n'est pas essentielle, puisque l'action peut appartenir à un commodataire (*AC. Bourg.*, 18, P. de Font, 20, 10).

d'intention, de bonne ou de mauvaise foi, sont indifférentes dans l'ancien droit). Mais, dans l'intérêt des seigneurs et des communes pour qui foires et marchés étaient une source de revenus, des Coutumes, dont beaucoup sont méridionales, reconnurent à celui qui avait acheté un meuble dans une foire ou un marché, le droit d'exiger le remboursement du prix d'achat: souvent l'objet avait été payé moins qu'il ne valait, justement parce que c'était la chose d'autrui et le propriétaire avait bénéfice à le reprendre en restituant le prix, c'est-à-dire en indemnisant l'acquéreur (1). Cette pratique équitable (dont l'existence est attestée dès le onzième siècle en Allemagne entre commerçants) ne réussit point à passer dans le droit commun des coutumes à titre de règle générale. Mais elle montre la voie dans laquelle s'engagera la législation postérieure; ce sont des considérations d'ordre économique qui donneront à celle-ci sa forme définitive. Elle ne disparut point, d'ailleurs; des jurisconsultes du dix-huitième siècle l'étendent même, en assimilant à l'achat en foire l'achat fait chez un marchand vendant des choses pareilles; elle a été consacrée par la loi du 6 octobre 1791, 2, 11, et par l'art. 2280 du Code civil.

10. — **Réforme dans le sens romain aux quatorzième et quinzième siècles.** — La revendication mobilière s'introduisit peu à peu dans la pratique sous l'influence du droit romain (2);

(1) Privilège des Juifs en Allemagne. Schrœder, p. 698. Pertile, p. 258. Beaum., 25, 22 et suiv. *Et. de saint Louis*, 2, 17. Bourg., 14, 12. Bordeaux, 18. Perpignan, 25. Toulouse, *de emt.*, 3. Avignon, *Stat.*, 108. Chartes nombreuses en Allemagne, en Suisse; cf. Stobbe, II, 618. — Achat public (même en dehors de foire ou marché): Montpellier (1204), 21. Cahors, 22. Luzech, 82. Quatre-Vallées, 32. — En ce sens, Arrêt Parl. Paris, 1636. — Au dix-huitième siècle, cf. Pothier, *Cheptels*, 1, 4, 3, 40. Denisart, v° *Vol*, 17. Soulatges, s. Toulouse, p. 245. Dunod, p. 232.

(2) Bout., 1, 43, p. 319. *Gr. Cout.*, 2, 16; 3, 53. A. Favre, *Codex Fabr.* (1640), 6, 27, 11 (arrêt du Sénat de Savoie, 1593). Pithou, s. Troyes, art. 72, p. 157 (1609). Charondas, *Pand.*, 4, 31, p. 565. Cf. De Ghewiet, p. 389. La revendication, action purement civile, n'entraînait pas d'amende pour le demandeur en cas d'échec. Elle était basée sur la propriété et accordée sans qu'il y eût à examiner de quelle façon la possession avait été perdue, en cas d'aliénation par un dépositaire, etc., ou si la chose est perdue ou volée et acquise par un tiers de bonne foi. Cf. Bout., 1, 27, p. 158, et 1, 35, p. 244. La procédure débutait par la saisie de l'objet litigieux, ce qui était indispensable, étant donné les mœurs violentes d'autrefois (*Entiercement* à Orléans, Pothier, éd. Bug., I, 684); sur requête du demandeur, sans autorisation du tribunal, l'objet était mis sous séquestre par un sergent; le tribunal pouvait ensuite le confier au défendeur (avec ou sans caution). *Adveu* et

elle fut donnée aussi bien au propriétaire dont l'objet avait été volé ou perdu (1) qu'à celui qui s'en était volontairement dessaisi ; on ne trouve plus dans les coutumes du seizième siècle la maxime : *Meubles n'ont pas de suite.* Il en subsiste cependant d'importants vestiges, soit par l'effet d'inconséquences, soit pour des raisons pratiques : 1° Au midi comme au nord, on dit : *meubles n'ont pas de suite par hypothèque* (2), ce qui était une nécessité avec le système des hypothèques générales alors en vigueur, sous peine de ne pas permettre à un débiteur de disposer de ses meubles ; cette règle signifie : *a)* tantôt qu'il ne peut pas y avoir d'hypothèque sur les meubles (Paris, Orléans) (3) ; *b)* tantôt que l'hypothèque sur les meubles est valable (4), mais qu'elle est dépourvue de droit de suite (5) ; 2° *L'usucapion romaine* de trois ans étant inutile sous un régime qui excluait toute revendication, nos praticiens la tinrent pour abolie et appliquèrent aux meubles la prescription trentenaire en usage pour les immeubles ; la revendication mobilière fut donc possible pendant trente ans (6), au moins en cas de dessaisisse-

Contre-Adveu (*advocare*, revendiquer) dans les Cout. d'Anjou, Poitou, La Rochelle, avec applégement (cautionnement) des deux parts, comme en matière immobilière, Bucherellus, *s. les Instit. de Just.*, p. 604. Loysel, 754 (note). Ragueau, *Gloss.*, *h. v°*.

(1) Le voleur (ou l'acquéreur de mauvaise foi) était sous le coup d'une action criminelle (action publique du jour où le Ministère public put agir d'office ; le simple particulier n'accuse plus, mais se borne à dénoncer, ce qui lui permet d'éviter le talion) et d'une action personnelle (*ex delicto*) en restitution. Contre l'acquéreur de bonne foi on avait la revendication. — L'abus de confiance fut assimilé au vol et puni comme lui (cf. *furtum* romain).

(2) *Cout. notoires*, art. 23 (par hypothèque). Ci-contre, Origines de l'hypothèque. Les meubles ne pouvaient pas être saisis entre les mains des tiers par les créanciers du propriétaire. Bout., 1, 25. Masuer, 30, 13. Viollet, p. 740. Valette, *R. Folix*, II, 365.

(3) Paris, 170. Orléans, 447. Loysel, 487. Code civ., 2119.

(4) Anjou, Maine, Normandie. — Pour le Midi, cf. Augeard, *Arrêts*, I, 900. Julien, *Elém.*, p. 352.

(5) A° Que le tiers acquéreur fut de *bonne ou de mauvaise foi*, car cela importait peu dans l'ancien droit. Cependant, certaines Coutumes ne protègent que l'acquéreur de bonne foi (arg. droit romain, *A.* Paulienne). Desmares, 165. *Cout. not.*, 23. Melun, 313. Champagne, 65. Sens, 131. Lhommeau, *Maximes*, 3, 14. — B° Que l'*hypothèque soit générale ou spéciale*, quoiqu'il y ait eu difficulté pour celle-ci (Cf. Code civ., 2102, bailleur). Terrien, s. Norm., 8, 1, p. 258. Boerius, s. Bourges, hyp., § 2. Bessian de Pressac, s. Auvergne, 24, 52, p. 215. Rebuffe, s. Masuer, 30, 13. — Chasseneuz, s. Bourg., 5, 3, 4.

(6) Imbert, *Enchir.*, v° *Usuc.*, p. 305 ; *Inst. for.*, 1, 35, 7. Fontanon s. Ma-

ment volontaire; quant aux meubles volés (ou perdus), nos anciens auteurs étaient très divisés pour le cas où ils étaient passés à un possesseur de bonne foi ; les uns les regardaient comme imprescriptibles ; les autres admettaient ici ou la prescription de trente ans ou l'usucapion de trois ans (1) ; 3° Les *actions possessoires* incompatibles avec l'ancien régime de la propriété mobilière, ne réussirent pas à s'introduire dans la pratique, même après la réforme, car elles présentaient moins d'utilité que pour les immeubles (2).

11. — **Jurisprudence du dix-huitième siècle.** — Les meubles, dit Dumoulin, peuvent, *una hora transire per centum manus ;* si on permet au propriétaire de les revendiquer pendant trente ans, la crainte de l'éviction éloignera les acquéreurs ; et le propriétaire, s'il veut user de son droit, risque de s'engager dans des procès insolubles, à cause de la difficulté qu'il y a à établir l'identé des meubles revendiqués. La doctrine néo-romaine de la revendication mobilière durant trente ans était d'autant plus défectueuse qu'au moment où elle s'établit, le commerce progressait et que les transactions sur les meubles se multipliaient. La pratique dut restreindre les droits du propriétaire presque toujours coupable d'imprudence (3) au profit de l'acquéreur de bonne foi auquel on n'avait rien à reprocher (4). 1° Les uns, comme Ferrière, accordent à ce dernier

suer, t. 22, des prescr. Berry, 12, 10. Buchereau, p. 155. — Coutumes dissidentes : a) Plus de revendication après la *saisine d'an et jour; Compil. de us. Andeg.*, n° 35; *L. des droiz*, n° 51. Cf. Bout., I, 27. *b) Usucapion de 3 ans : Gr. Coul.*, 2, 8. Chasseneuz, s. Bourg., 13, 8. Charondas, *Pand.*, 2, 22, p. 270. Anjou, 419; Maine, 434 (juste titre et bonne foi). Melun, 169; Sedan, 324; Clermont en Arg., 14, 8; Amiens, 163 (bonne foi seulement). *c) Usuc. de 5 à 10 ans.* Bretagne, *AC*, 274; *NC*, 284.

(1) Augeard, I, 3. — Auroux des Pommiers, s. Bourb., 3, 23. — Pothier. *Prescr.*, n° 204. Denisart, v° *Vol*, n° 19. Cf. C. civ., 2279, 2280.

(2) *Gr. coul.*, 2, 19, 21. Masuer, 11, 66. Bourges, 56. — Cependant Bout., 1, 31, p. 189, admet la complainte. Cf. ci-ap , Possession. Beaum., 32, 15. *Gr. Coul.*, p. 250. Loysel, 754, 755, 756 (et les cit.). Bucherellus, s. les Instit. de Just., p. 604 : *utrubi interdictum* adveu *gallice nuncupamus.* Suit la description de la procédure de l'adveu ; mais la question de propriété et celle de possession y sont jugées en même temps; cette dernière se trouve comme absorbée dans le pétitoire. Ragueau, *Gloss.*, *h. v°* et applégements. — Notons que les actions possessoires étaient possibles pour les universalités de meubles. Paris, 97. Orl., 489. Ord. 1667, 18, 2.

(3) Arrêt du Parl. de 1636 : revendication, mais à charge d'indemniser l'acquéreur de bonne foi. Jobbé-Duval, p. 228.

(4) Cependant, la revendication pendant trente ans subsiste en pays de

le bénéfice de l'usucapion de trois ans, en se montrant peu exigeants pour la preuve du juste titre (témoins, simple affirmation) (1); 2° D'autres, avec Pothier, dans son *Comm. sur la Cout. d'Orléans* (2), déclarent que le possesseur d'un meuble en est présumé propriétaire jusqu'à preuve contraire : il n'a besoin ni d'usucapion, sa propriété étant censée établie, ni de titre, la possession lui tenant lieu de titre, car il n'est pas d'usage de constater par écrit les acquisitions de meubles : 3° De là à établir une présomption de propriété *juris et de jure* au profit des possesseurs de meubles, il n'y avait qu'un pas et ce pas fut fait, vers le second tiers du dix-huitième siècle, par la pratique du Châtelet de Paris, résumée par Bourjon dans la célèbre formule : *en fait de meubles, possession vaut titre* (3). Solution radi-

droit écrit (Serres, *Inst.*, de l'usuc. Boutaric, *Inst.*, p. 182. Julien, *Elém.*, 2, 5, 4; *Comm. s. les statuts de Provence*, t. II, p. 415). D'après Merlin, Guyot, v° *Prescr.*, 2, 5 (1785); Flaust, s. 522, Normandie (1781); Mall. de La Mothe, *Quest.*, p. 291 (1787), c'eut été le droit commun de la France applicable aux coutumes muettes.

(1) Maine, 434. Au-dessus de 100 livres, la preuve du juste titre aurait dû se faire par écrit ; autant valait supprimer l'usucapion. Pothier autorise la preuve par témoins ; Ferrière, *Dict.*, v° *Imm.*, se contente de la simple affirmation du possesseur. Dans la même sens, R. de La Combe, *Arrêts*, p 255; Boucheul, s. 372, Poitou : Chabrol, s. 17, 1. Auvergne, etc.

(2) *Cout. d'Orl.*, t. prél., s. 2; *Propriété*, n° 282 (Ailleurs, Pothier exige l'usuc. de 3 ans, mais en permettant la preuve du titre par témoins, *Prescr.*, IX, 386, éd. Bug., ou par une simple allégation, *Don. entre mari et f.*, n° 67). Cf. Denisart, v° *Meubles*, n° 32. Dupineau, s. 421. Anjou, *Encycl. méth.*, v° *Meubles*. Cottereau, *Dr. gén. de la France et dr. partic. de la Touraine*, n° 7279. Jobbé-Duval, p. 230. — Conséquences : *a*) pas de révocation des dons manuels ; pas de revendication de la part du vendeur contre l'acheteur (mais, si le prix n'est pas payé, le vendeur *au comptant* peut revendiquer, car dans ce cas la tradition ne transfère pas la propriété ; cf. art. 176. Paris, *NC*, et 177 ; Pasquier, *Instit.*, p. 256, et les comment. de la Coutume; privilège du vendeur d'effets mobiliers); *b*) l'acquéreur de bonne foi n'est pas à l'abri de la revendication, quand il a reçu un meuble déposé, engagé, etc., du dépositaire infidèle, etc. ; en prouvant l'abus de confiance, le déposant, etc., détruit la présomption de propriété au profit du possesseur.

(3) Formule courante, dont Bourjon n'est point l'inventeur par conséquent. Bourjon, *Dr. commun de la France* (1747), 3, 2, 1, 1 et 2; 6, 8, 3, 1, 3 et 18; 6, 8, 3, 4, 26. La bonne foi, chez l'acquéreur, est exigée par Bourjon et par Valin. s. La Rochelle, art. 60. Sans l'article 2279 du Code civil, on pourrait douter que cette jurisprudence eut persisté par la suite. — Conséquences : *a*) l'acquéreur de bonne foi mis en possession réelle à la suite d'un abus de confiance n'est pas exposé à la revendication du propriétaire ; celui-ci se trouve réduit à une action personnelle contre celui auquel il a eu le tort de confier son meuble; *b*) les meubles n'ont pas de suite par hypothèque; *c*) entre deux acquéreurs d'un même meuble, on préfère celui qui,

cale et simple, que l'art. 2279 du Code civil a consacrée, et qui donnait pleine satisfaction aux besoins du commerce : l'acquéreur *de bonne foi* (1) d'un meuble en devenait propriétaire définitif du moment où il en prenait possession (sauf si le meuble était perdu ou volé).

Ainsi se termina, par une réaction dont il ne faut pas chercher la raison ailleurs que dans les besoins du commerce, l'évolution de notre ancien droit, en matière de propriété mobilière. Il rompit avec la tradition romaine, après l'avoir acceptée à peu près complètement, et dans une certaine mesure fit retour au passé, mais dans un esprit bien différent de celui qui inspirait la législation primitive : témoin la différence inconnue autrefois entre le possesseur de bonne foi et le possesseur de mauvaise foi.

§ 3. — *La propriété foncière.*

1. — **Droits réels et personnels**. — On s'est demandé si la distinction entre les droits réels et personnels (2) n'est pas restée étrangère au droit germanique. Il est vrai qu'elle n'apparaît guère, si l'on remonte à l'époque primitive où toute atteinte aux droits d'autrui se résolvait dans la vengeance privée ou dans une action *ex délicto* (3). Mais quand cette phase eut été

le premier, a reçu la tradition de bonne foi. Cf. Code civ., 2279, 2102, 1813, 1141, 2119.

(1) Cf. Deghewiet, p. 149, etc.

(2) L'expression **droits réels** par opposition aux termes **droits personnels**, droits de créance ou obligations, dérive de la terminologie romaine en matière de procédure ; on appelait actions *in rem* celles dont l'*intentio* de la formule ne contenait pas la désignation du défendeur ; actions *in personam*, celles où figurait cette désignation. Cette particularité, comme il arrive souvent, tenait au fond des choses ; c'est pour cela qu'elle a pu servir de base à la distinction des droits privés en deux classes : les droits réels et les droits personnels. Déjà les jurisconsultes classiques employaient l'expression *personalis actio* (par exemple Dig., 50, 16, 178, 2) ; on a dit, au moyen âge, et pour faire antithèse, *realis actio* ; des actions, ces expressions se sont appliquées aux droits eux-mêmes. L'expression *realis actio* se trouve dans Tancrède, *Ord. jud.*, 2, 13, et non dans Pillius. Ni le *Petrus* ni le *Brachylogus* ne l'emploient. *Jura realia*, *personalia* : Glose *Utendi*, sur le § 2, *Inst. de act.*, 4, 6. Sur la notion du *jus in re*, cf. détails dans Landsberg, *Gl. d. Accursius*, p. 81 et suiv.

(3) Le demandeur se plaint d'une *invasio* ou *usurpatio* du fonds qui a eu lieu, *injuste*, *malo ordine* (*Landraub* chez les peuples du Nord). Brunner, II, 684, 512. *Summa Norm.*, c. *de querelis*.

dépassée, l'opposition classique entre les droits réels et les droits personnels se fit jour dans le droit germanique lui-même. Elle ne coïncida point complètement avec la division romaine, car la classe des droits réels empiéta sur celle des droits personnels (1); cependant, il est permis de rapprocher les deux législations sur ce point et elles tendirent de plus en plus à se ressembler; en France, en particulier, la doctrine romaine passa aisément dans les livres et dans les faits.

2. — **Actions réelles** (2) **et personnelles** (3). — La distinction des droits se traduit, en procédure, par l'opposition entre les actions réelles et les actions personnelles et celle-ci se manifeste déjà dans les lois barbares, en particulier dans les lois lombardes malgré le caractère pénal qu'ont encore conservé, sous beaucoup de rapports, les actions admises à cette époque. Les unes ont la formule typique : *malo ordine possides* (4); dans d'autres, on

(1) Les jurisconsultes romains s'étaient tenus à la notion simple du *dominium* complété par un petit nombre de servitudes, restreint exceptionnellement par l'usufruit. Au moyen âge, au contraire, la propriété se divise, les droits réels se multiplient; on est propriétaire comme seigneur, comme vassal, comme censitaire, on l'est sa vie durant ou à titre héréditaire, on l'est en qualité de créancier gagiste, à titre de tuteur. La propriété, sous ces formes variées, se rapproche de l'usufruit et des droits réels. — Delbrück a même soutenu, *Uebern. fremd. Schuld.*, que les droits de créance étaient considérés comme des choses et constituaient des objets de propriété. Voy. la réfutation de cette opinion dans Heusler, § 75.

(2) Cf. pour l'époque franque, en particulier, Brunner, § 119 (bibl.). Hübner, *Immobiliarprocess*, 1895 (*Unters.* de Gierke), Laband, Planck, Heusler, *op., cit.*, Pertile, IV, p. 259.

(3) Nos anciens auteurs, depuis le treizième siècle, admettent une troisième classe d'actions, les *actions mêlées* ou *mixtes*, au sujet desquelles leurs idées sont souvent confuses. *Gr. C.*, p. 546 (personnelle et hypothèque pour être payé des rentes).

(4) **Procédure de la revendication immobilière** à l'époque barbare. V. détails dans Hübner, *op. cit.*, et Brunner, § 119. — Le procès s'engage : 1° par *mannitio* ou *bannitio*; 2° ou par l'engagement de comparaître en justice (*adramire*) (cf. *vadimonium* à Rome); 3° ou par l'*Anefang*, mainmise solennelle sur la chose, comme en matière mobilière. *Dec. Child.*, 3. — Au besoin, *visio terrae*, pour déterminer l'objet litigieux (cf. Cout. anglo-norm.). Brunner, *Entst. d. Schwurg.*, p. 173. — Le défendeur peut résister à son adversaire : 1° en invoquant un mode d'acquisition originaire, comme l'*aprisio*; 2° en se réclamant de son auteur; le recours au garant et le rôle de celui-ci s'expliquent par le caractère pénal qu'avait tout d'abord l'action; 3° en disant que le fonds lui vient de ses parents par voie de succession; auquel cas la preuve par témoins de la part du demandeur est exclue. *Sal. Extrav.*, c. 7 et 8. *Rib.*, 67, 5. — Le défendeur condamné doit restituer le fonds et payer une composition (*legis beneficium*); si celle-ci n'est pas

réclame une prestation, *dare debes*, en se basant sur un contrat ou sur un délit, *vadia dedisti de solvendo mihi decem solidos*, *occidisti servum meum*, etc. Le défendeur doit, dans le premier cas, établir son droit sur la chose qu'il détient (*terra propria mea est per successionem patris mei*); au deuxième cas, il lui suffit de nier la dette, de jurer qu'elle n'existe pas (1). Il est difficile de ne pas voir dans ces deux classes d'action les précédents des *Klagen auf Gut* et *um Schuld* des Coutumiers allemands du treizième siècle (2). En France, la distinction revêtit de très bonne

acquittée, par exemple pour des raisons d'équité, la restitution a lieu *sana manu*. — Cf. la curieuse procédure décrite dans la L. des Alamans, 12, 8, au sujet d'un litige entre deux familles : *Si quis contentio orta fuerit inter duas genealogias de termino terrae eorum : ibide praesente sit comis de plebe illa, ponat signum ubi isti et ubi alii voluerint terminos et gerint ipsa contentionem. Postquam girata fuerit, veniant in medium et de praesente comite tollant de ipsa terra, quod Alamanni surfo dicunt, et rama de ipsis arboribus infigant in ipsa terra quod tollunt, et illas genealogias, qui contendunt, levent illa terra praesente comile et comtendent in sua manu : ille involvat in fanone et ponat sigillum, comendet in fidele manu usque ad statutum placitum. Tunc spondeant inter se pugna duorum. Quando parati sunt ad pugnam, ponat ipsa terra in medio et tangant ipsa cum spatas suas, qui pugnare debunt et testificent Deum creatorem ut cui sit justitia, illi donet victoriam et pugnent.* Cf. L. *Bai.*, 16 et 11.

(1) A° Action *malo ordine possides*. Cette formule, qui trahit le caractère délictuel de l'action à son origine, est interprétée dans l'*Expos.*, § 2 et suiv. *Liut.*, 90. L'école de Pavie a introduit, à côté d'elle, une forme plus récente, romaine : au lieu de : *Petre, te appellat Martinus, quod malo ordine possides terram*, on dit : *P., te appellat M. quod terram, quam tenes, sua propria est* (s. *Roth.*, 227). Cf. les canonistes, comme Tancrède, etc. Heusler, § 78. Hübner, p. 48. *Roth.* (*Lib. pap.*), 216, 222, 227, 228, 231, 234. Rozière, *Form.*, n° 427 (*Cart. sen.*, 27), 480, 481. *Liut.*, 18, 77. Est-elle donnée contre le dépositaire, l'emprunteur d'un meuble? Cf. ci-après, Régime de la propriété mobilière. *Liut.*, 130, 86. Rozière, 463 (restitution du prix, l'objet ayant disparu). — B° Action *dare debes*. — *Roth.*, 362, 382. *Liud.*, 8, etc. Controv. sur l'action de l'acheteur contre le vendeur en livraison de l'objet vendu : Rozière, n° 477, 472. — Heusler, § 78, fait remarquer que l'école de Pavie romanise ces distinctions. Cf. form. s. *Roth.*, 227. Voy. aussi les canonistes, par exemple Tancrède, etc.

(2) *Richtsteig Landrechts* (éd. Homeyer, 1857), c. 5, y ajoute la *Klage um Anevang. Sachsensp.*, 1, 70; 2, 3, et 3, 79. Thèses diverses au sujet de la nature exacte de ces actions. Delbrück, *Dingl., Klag*, 1857; Planck, *Gerichtsverfahren*, 1878. Laband, *Vermög. Klagen*, 1869 (toute action par laquelle on réclame autre chose que de l'argent est une *Klage auf Gut*). Planck, *Deutsch. Gerichtsverfahr.*, 1879, I, 339 (*Klage um Schuld* : toute action qui a pour objet une prestation de la part du défendeur, par exemple l'action en livraison de la chose vendu que Laband regarde comme une *Klage auf Gut*). Heusler, § 78 (assimile la *Kl. auf Gut* à l'action réelle, et la *Kl. um Schuld* à l'action personnelle).

heure les formes romaines et perdit toute originalité (1). L'action réelle, la *causa proprietatis* ou *cas petitoire*, a sa procédure particulière (2); elle peut être intentée en tout temps; la propriété ne se perd point par le non usage, à la différence des droits réels (3). Elle suppose que le propriétaire fait la preuve de son droit; pour cela, il invoquera, d'ordinaire, l'usucapion; à défaut, il produira un titre et celui-ci, au moins s'il est antérieur à la possession, lui permettra de l'emporter sur le possesseur, car, s'il ne constitue pas une preuve absolue, c'est une présomption très forte en sa faveur (4).

3. — Le **jus ad rem** (5). — Il y a eu, néanmoins, dans la doctrine, une tentative (à peu près sans résultat) de s'écarter de ces idées en admettant une troisième espèce de droits, le *jus ad rem*, tenant le milieu entre le *jus in re* et le *jus in personam*. On n'en trouve pas de traces dans la glose d'Accurse. Mais Jacques de Revigny († 1296) donne un *jus ad rem* au vassal qui a reçu l'investiture du fief par les modes symboliques, mais qui n'a pas été mis en possession matérielle (6). Il est facile de reconnaître

(1) Cf. surtout Beaum., c. 6 (des demandes). 32 : *demandes personeus... touchent la persone* (convenances, vilenies); *demandes reeles quant l'en demande eritages; demandes mellées .. commencent personeus et descendent a estre reeles* (action en livraison de la chose vendue). Au premier cas, compétence du tribunal du domicile du défendeur: aux deuxième et troisième, compétence du seigneur de qui l'héritage est tenu. Jour de conseil et jour de vue dans les demandes d'héritages. P. de Font, 13. *Jost.*, p. 97. *Gr. C. de Fr*, p. 202, 351, 404, 459, 515. *Stil. parlam., passim. Const. du Chât.*, 20, 21. Bout., I, 27. — La *Summa Norm*, c. 66, *de querelis* se place encore au point de vue du droit primitif : *Omnis contentio ex injuria alicui in sui personam irrogata, aut in ipsius possessionem* : 1° *querelae personales* : a) *ex facto*: b) *ex dicto*; 2° *querelae possessionales, reales* : a) *ex possessione mobili*: b) *ex possessione immobili*. (Brefs *de recto*, établie, sur demande.) Cf. Tardif, p. CLVI. Cf. Bracton, 3, 3. Fleta, 1. 2, 4, 5, 9. *Brachylogus*, 4, 19 : *nascitur omnis actio ex obligatione vel rei detentione.*

(2) Pillius, 1, 12. Tancrède, 2, 13. G. Durand, *Specul.*, 2, 1, et 4, 2. *Stilus Parl.*, c. 17. *Gr. C. de Fr.*, p. 350, 493, 532. Bout., 1, 22. Masuer, 10. Tardif, *Procéd. au XIII^e siècle*, p. 36. Ferrière, v° *Action réelle*. Pothier, IX, 199, éd. Bug.

(3) Peleus, *Quest. illustres*, 8. Pothier, n° 276. — Cf. sur les Glossateurs, Landsberg, § 9, 19. — Sur le droit primitif, cf. ci-après, Tenure d'an et jour.

(4) Pothier, 323. Sur la litt. antérieure, cf. Landsberg, *op. cit.*, E. Lévy, Thèse, 1896.

(5) Brünneck, *Ueb. d. Urspr. d. sog. Jus ad rem*, 1869. Heusler, § 77. Landsberg, p. 88.

(6) Cité par Balde : *ego pulo, etiam per investituram verbalem et baculi*

là l'influence des idées romaines ; elles tendaient à faire de l'investiture un simple acte obligatoire et non un acte translatif de droit réel ; c'est la tradition romaine qui, seule, aurait pu avoir cet effet. Contre le seigneur, le *jus ad rem* donnait le droit d'exiger la mise en possession ; contre les tiers, il n'avait qu'une efficacité limitée. Dans les Coutumiers français du quatorzième et du quinzième siècle, on entend par *jus ad rem* l'usufruit que l'on oppose au *jus in re* ou propriété (1) ; au dix-huitième siècle, ce sont les créances que l'on désigne par là (2).

4. — **La propriété foncière** (3). — Nous n'avons pas à refaire ici l'histoire de la propriété foncière et des phases diverses par lesquelles elle est passée sous l'ancien Régime (4) : communautés agraires, propriété familiale, propriété féodale, avant d'arri-

porrectionem, quae abusiva investitura dicitur, feudum esse acquisitum etiam ante traditionem possessionis, cum investito dominus praecise cogatur tradere possessionem. Licet enim ante traditam sibi possessionem investitus jus non habeat in re, habet tamen jus ad rem. D'après les *L. Feud.*, l'investiture faisait acquérir un droit réel, cf. II, 26, 15 ; 7, 1 ; 8, 1. Baraterius, *L. Feud.*, App. 4, n. 3, considère l'investiture comme un contrat, et ne fait acquérir de droit réel qu'en vertu de la tradition. — Cf., en droit canon, l'élu à une charge ne peut l'exercer qu'après avoir été confirmé, consacré. *In VI°* 3, 7, 8. — A propos de la glose *Agitur*, sur la l. 1 *pr.*, D., 19, 1, cf. Landsberg, p. 90.

(1) *Gr. C. de Fr.*, p. 195. Bout., I, 1. Cf. p. 1253.

(2) Pothier, *Introd. aux Cout.*, n° 108.

(3) Terminologie : *proprietas, dominium. Dominium, dominus* s'appliquent aussi bien à la seigneurie qu'à la propriété. *Gr. C. de Fr.*, p. 232 : *seigneur foncier. Señorio* dans les *Siete Part.* Le propriétaire d'un meuble est appelé par Britton, I, 60 : *seigneur de la chose.* Sur les *estates* en Angleterre, ci-contre, n. 4. Treizième siècle, Allemagne : *Eigenschaft, Eigenthum* (1230) ; antérieurement *eigen* ou *erbe* pour désigner le fonds, par opp. au fief, *Lehn.* Heusler, § 86. Cf. sur la conception primitive de la propriété germanique ; Champeaux, *Gr. Encycl.*, v° propriété. R. Caillemer, *Exécut. testam.*, p. 275, 338. Ci-dessus, Propres.

(4) Sur le contraste entre le caractère absolu du *dominium* romain et le caractère relatif de la propriété au moyen âge, cf ci-dessus, *Les Villes. Epoque féodale*, t. I. Nulle part cette relativité n'est aussi marquée qu'en Angleterre avec la curieuse théorie des *estates* (*status*), droits ou intérêts qu'on peut avoir sur un fonds, plus ou moins étendus, plus ou moins durables, parmi lesquels figurent, à côté du droit du franc tenancier, celui du simple fermier dont le bail cesse *ad nutum*. Il est déjà question des *estates* à l'époque de Bracton ; Littleton parle des tenures en fief simple, en fief taillé, à vie, à terme d'ans, à volonté, par copie, par la verge. L'usage des clauses limitant les droits de l'acquéreur (Statut *de donis conditionalibus*, 1285) ne contribua pas peu à ce fractionnement de la propriété. Il se fit un classement des droits sur la terre en rapport avec le *status*, l'état des personnes. Pollock et Maitland, *Hist. of engl. law*, II, 10 et 76.

ver à la forme moderne de la propriété individuelle (1). Rappelons seulement que si la Révolution a transformé le tenancier en propriétaire exclusif du sol, elle n'a fait que consacrer une évolution commencée depuis longtemps et déjà presque achevée (2). La propriété collective se survivait à elle-même dans les Communaux dont la Convention ordonna le partage : la plus grande partie du territoire français appartenait aux individus et aux familles et non aux Communautés depuis le haut Moyen-Age. Les droits de la famille étaient allés décroissant. Enfin, le **domaine éminent** du seigneur tendit de plus en plus à n'être qu'une servitude : le tenancier investi du **domaine utile** fut considéré comme le vrai propriétaire (3). C'est ainsi que l'envisageait Pothier dans son *Traité du droit de domaine de propriété*, n° 3 : « cette espèce de domaine (le domaine direct) n'est point le domaine de propriété qui doit faire la matière du présent Traité. C'est le domaine utile ; celui qui a ce domaine se nomme propriétaire, celui qui a le domaine direct s'appelle simplement seigneur, c'est le seigneur utile qui est proprement propriétaire de l'héritage (4). »

5. — **Restrictions au droit de propriété**. — En dépit des transformations qui s'étaient opérées, le propriétaire était loin d'avoir, en 1789, la libre jouissance de sa terre. Il la cultivait et en recueillait les fruits (5), mais il subsistait des droits seigneu-

(1) Sur la notion de propriété dans les écrits des Glossateurs, cf. Landsberg, p. 92. Piccinelli, *Stud. int. all. defin. dominium est jus utendi*, etc., 1886.

(2) *L'œuvre sociale de la Révol.*, 1901. — Chénon, R. Beudant, Sagnac, *op. cit. Supra*. Add. H. Sée, *Les classes rurales*, 1901.

(3) Les Romains accordaient une *vindicatio utilis*, par exemple, à l'emphytéote ; les glossateurs firent correspondre à cette action un *dominium utile* et l'opposèrent au *dominium directum* appartenant à celui qui avait l'action directe. Landsberg, p. 92 et suiv. (bibl., p. 97). Stobbe, § 80. Kraut, *Grundr.*, 5e éd., § 74. Heusler, § 87. Pertile, § 137. Vangerow, I, 302. La glose s. L. 3, Dig., 41, 3, met l'expression *dominium utile* dans la bouche de Bulgarus, Cout. de Milan (1216), 24, 30.

(4) Cf. déjà Bracton, f° 46b, f° 58 : *capitalis dominus* et *verus dominus*. Chaisemartin, p. 151. — Si l'on veut se faire une idée de l'évolution accomplie, on n'a qu'à rapprocher ces citations des *L. Feud.*, 2, 23 : *proprietas penes dantem, ususfructus ad accipientem* ; 1, 8, 2 : *proprietas* et *possessio*. — Auquel des deux attribuer le trésor ? Gl. s. L. 1, C., 10, 15. Alluvion, île, *L. Feud.*, 1, 4, 6. Aoste, 2, 11, 128.

(5) **Acquisition des fruits.** Déjà dans l'ancien droit l'on trouve la maxime : *Qui sème récolte*. Donc le non-propriétaire qui a travaillé une terre a droit aux fruits qu'elle donne. En dehors de certaines applications

riaux gênants, ou à leur place des règles de police, des vestiges des droits des communautés, sans compter ceux des familles (1). Le Code rural de 1791 (2) innovait en disant que chaque propriétaire était libre de faire sa récolte avec tout instrument et au moment qui lui conviendrait; il supprimait par là les bans de fauchaison, de moisson et de vendange qui permettaient au seigneur de recouvrer sans peine les droits comme le champart, mais qui donnaient lieu à des abus, car la levée de la récolte pouvait être retardée d'une manière arbitraire au grand détriment des cultivateurs.

6. — La **liberté de clore** son terrain fréquemment entravée par les droits de parcours et de vaine pâture, fut proclamée en 1791; le propriétaire qui usait de cette faculté perdait son droit à la vaine pâture à proportion du terrain qu'il y soustrayait (3). Avec les autres droits féodaux fut aboli le droit seigneurial de chasse qui permettait de pénétrer même dans les terrains clos (4).

7. — La clôture suppose, d'ordinaire, un **bornage** (5) qui se

particulières, *Sachsensp.*, 2, 58, 2; 3, 76, 3, de ce principe rappelons l'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi. Cf. Beaum., 20; 32, 30, et en général *Revendication*. On les considérait comme acquis par cela seul que les travaux avaient été faits : « *Hat die Egge das Land bestrichen, so ist die Saat erworben.* » Heusler, II, p. 195. Heimbach, *L. d. Frucht*, 1843. Rossi, *Dir. d. poss. s. frutti*, 1883. Là se trouve la garantie du preneur anglais *at will*. Sur la distinction des glossateurs entre l'*usus fructus formalis* et *causalis*, cf. Landsberg, p. 94. Droit, pour le propriétaire d'un fonds, aux fruits tombés sur ce fonds de l'arbre appartenant à son voisin (Kraut, *Grundr.*, 5e éd., § 77), aux branches pendant sur son fonds. Chaisemartin, p. 166. A.-B. Schmidt, *Recht d. Ueberhangs u. Ueberfalls* (*Unters.* de Gierke). Fournel, *Voisinage*, v° *Arbres* (4e éd.). — *Add.*, Masuer, X, 6 (rétention au possesseur de bonne foi avant l'Ord. de Moulins, 2).

(1) Pertile, § 141 et § 145. Stobbe, § 83 et s.

(2) Déc. 28 sept.-6 oct. 1791. Beaucoup de ses dispositions se trouvant en opposition avec le Code civil, un projet de Code rural fut préparé en 1808 et déposé en 1814; il n'est pas encore entièrement achevé.

(3) Le droit de parcours, aboli déjà dans quelques provinces sous l'Ancien Régime, n'a été supprimé que par la L. 9 juillet 1889. Viollet, p. 560. Cf. *Origines de la propriété*, t. I. Sur le lien entre ces droits et le système de culture par assolements, cf. Hanssen, *Z. f. ges. Staatsw.*, 1865-68, 1876 (*Z. Gesch. d. Feldsyst. in D.*). Heusler, § 88.

(4) Défense d'établir des clôtures dans l'étendue des *plaisirs* ou terres réservées à la chasse du roi,

(5) *L. Alam.*, 87. *Bai.*, 12, 8. Loysel, 255, 290. Fournel, *Voisinage*, v[is] *Bornes, Clôtures*. Ragueau, v[is] *Bornes, Cerquemanage*. Ferrière, v° *Action en bornage*.

fait ou en justice ou à l'amiable (1). Chacun des voisins peut y contraindre l'autre; le bornage se fait à frais communs (2). Les bornes sont (3) tantôt des arbres, tels que les cognassiers, tantôt et plus souvent des pierres brutes auprès desquelles on place des fragments d'une même tuile (*garants* ou *témoins*, attestant que la pierre n'est point là par l'effet de hasard), ou des verres brisés et autres objets indestructibles (4).

8. — La **propriété limitée**. — Les limitations conventionnelles aux droits du propriétaire n'avaient rien de contraire à l'esprit d'une législation qui y apportait elle-même tant de restrictions. Aussi n'est-il pas rare de trouver dans les aliénations, ventes, donations ou testaments, des clauses qui ne donnent à l'acquéreur qu'une propriété conditionnelle ou imparfaite : le fonds est frappé d'inaliénabilité entre ses mains : il est stipulé qu'il fera retour à l'ancien propriétaire ou a ses héritiers sous certaines conditions; la donation est résoluble par l'effet d'une circonstance accidentelle ou de la volonté des parties. On peut citer comme exemple la constitution des apanages; les biens au prince apanagé font retour à la couronne, s'il meurt sans hoirs de son corps. La loi anglaise, avec sa théorie de la *forma doni* (5), son statut *de donis conditionalibus*, en 1285, a multiplié ces restrictions (reversion, *remainder*, etc.)(6). Elle s'est éloignée ainsi du type normal de la propriété romaine, le *dominium* illimité. En France, la jurisprudence semble, au contraire, avoir tendu à s'en rapprocher, en diminuant le nombre de ces clau-

(1) Beaum., 30, 27, 28. *Et. de saint Louis*, I, 138. Bout., p. 211, 268, 366, 775.

(2) Pothier, IV, 328, y voit un quasi-contrat, comme l'indivision.

(3) Du Cange, v^is^ *Cruces*, *Terminales*. *Liber Termin.* (XIV^e^ s.), de Ribbe, *Soc. provenç.*, p. 185.

(4) Sur les *agrimensores*, cf. Giraud, *Hist. du dr. fr.*, I, 256. Tissot, *Thèse*, 1879. Girard, *Dr. rom.*, p. 625. Brugi, *Agrimens*, 1897. Glasson, *Gr. Encycl.*, v° *Bornage*. Denisart, v° *Arpenteurs*.

(5) Bracton, f. 17^b^ : *modus legem dat donationi et modus tenendus est contra ius commune et contra legem, quia modus et conventio vincunt legem*. Cf. le brocard *convenances vainquent loi*. Beaum., 34, 2. P. de Font., 15, 6 Loysel, 3, 1, 1. Mais sur les *donationes post obitum* à l'époque franque, cf. Hübner, *Unters.* de Gierke, t. 26.

(6) *Reverti, redire, remanere* : expressions qui se retrouvent dans les anciens actes. Par exemple testament de Raymond de Toulouse, a. 960 (D. Vaissete, V, 241), etc. Voy. Pollock et Maitl., II, p. 14 et suiv. Blackstone, II, 10.

ses restrictives (1), pour des raisons d'intérêt public (2).

9. — La **Copropriété avec indivision** (3) se rencontre fréquemment dans l'ancien droit (4) ; le cas le plus commun est celui de la **mitoyenneté** des murs et clôtures (5). Le droit romain n'a pas connu le mur mitoyen ; il était d'usage de séparer les maisons les unes des autres : elles constituaient, comme on dit encore dans le midi, des îles. En pays coutumier, au contraire, l'usage opposé s'établit au moins dès les premiers temps de l'époque féodale et l'état social et économique conduisit à voir dans le mur mitoyen une propriété collective (6).

10. — La **Communauté** (7), si fréquente au moyen âge, se confond-elle avec l'indivision *(communio)* telle que l'entendaient les Romains? ou faut-il la classer parmi les Associations (cf.

(1) Masuer, XI, 57, pose le principe que la propriété peut être transférée à temps ou sous condition (contrairement au droit romain). Substitution, révocation des donations.

(2) Le jurisconsulte anglais Coke se plaint des inconvénients que présente la propriété conditionnelle.

(3) Ex. de copropriété sans indivision dans le bail à domaine congéable, le domanier ou fermier étant propriétaire des édifices et superfices (bâtiments, plantations, travaux d'amélioration, tels que fossés, talus, etc.), sauf le droit pour le foncier de lui en rembourser la valeur en le congédiant et sauf renonciation (*exponse*, c'est-à-dire déguerpissement) de la part du fermier. Cf. L. 8 fév. 1897. — Maisons : copropriété par étages. Huber, IV, 695.

(4) Planiol, *Traité de dr. civ.*, I, 439, cite la L. du 28 août 1792, art. 10, qui transforme en copropriété le droit de pacage des habitants des départements de Bretagne, les terres vaines et vagues y sont devenues indivises entre tous ceux qui étaient alors en possession du droit de communer.

(5) Mitoyen, moitoien, même source que moitié; cf. métairie, métayer. Godefroy, *Dict.*, *h. v°*. Loysel, 283 et suiv. Huber, IV, 697. Sur les rapports de voisinage en général, cf. *ibid.*, p. 728 et suiv. Chaisemartin, p. 163. Loysel, *loc. cit.* Fournel, *Tr. du voisinage*. 4e édit., 1834. Beaum., 24, 22.

(6) Paris, 195, 214. Pothier, *Comm.*, n° 199-229.

(7) *Gesammteigenthum*, *condominium in solidum*, par opp. à *Miteigenthum*, indivision. Première mention dans Justus Veracius, *Libellus consuet. bamberg.*, 1681 (cité par Kraut, *Grundr.*, p. 101). Controv. sur cette forme de la propriété, Duncker, *Gesamml.*, 1843. Stobbe, § 81; *ZRG*, IV, 218. Heusler, § 50. Gierke, *Deutches Privatr.*, § 80. Huber, 698. Pertile, § 137. Cf. en droit anglais, *Joint-tenancy, Tenancy in common*, Blackstone, II, 12. Pollock et Maitl., II, p. 20. — L'expression *communis manus* s'explique par la nécessité où étaient les membres de la communauté de coopérer aux actes relatifs à la chose commune ; par exemple pour rendre hommage au seigneur à raison d'un fief, ils mettaient tous ensemble leurs mains dans celle du seigneur. — Sur les cas de communauté, cf. Heusler, § 52. Wippermann, *Kl. Schr. Ueb. Ganerbschaften*, 1873.

universitas romaine, *Genossenschaft* du droit allemand) dont il sera question à propos des personnes morales? A nos yeux, elle constitue une forme de transition entre ces deux types juridiques. La *Genossenschaft*, modelée, semble-t-il, sur la famille, est comme celle-ci une personne morale; elle perd de sa cohésion et se dégrade sous la forme de Communauté ou *Gemeinschaft zu gesammter Hand*; enfin, dans une dernière phase, elle se réduit à la *communio* ou indivision pour laisser plus de place à l'indépendance de ses membres; l'indivision elle-même n'apparaît que comme un état provisoire d'où il y a tout intérêt à sortir aussi bien pour la société que pour l'individu (1).

Le lien qui unit les membres des Communautés est plus étroit que celui qui existe entre les copropriétaires par indivis. Aussi aucun des communistes ne peut-il disposer sans la volonté des autres de sa part de Communauté. A plus forte raison tous doivent-ils coopérer aux actes de disposition portant sur le bien commun. L'administration est confiée par la force des choses à l'un d'eux, à celui que désigne l'usage, par exemple au frère aîné dans les communautés entre frères. Chacun des membres de la Communauté participe suivant ses besoins, suivant le nombre des membres de sa famillle, aux produits du fonds commun; la vie en commun entraîne cette conséquence, qui persiste même lorsqu'elle est abandonnée. En cas de mort sans enfant d'un des communistes, les autres recueillent sa part par voie d'accroissement. Si la communauté vient à se dissoudre, le partage *qui rompt la commune main* se fait en tenant compte de l'usage, de la coutume locale (2).

(1) Chaisemartin, p. 566. Brillon, v° *Commune*. Fréminville, *Communauté d'habitants*, I, 3 (consorts). Communaux, Copropriété familiale, t. I. Sée, *classes rur.*, p. 490.

(2) Variantes locales curieuses. A Salies-de-Béarn, droits des membres de la *vesiau* à la source salée; règlements (1525-1536) pour réprimer les abus de force (les veuves, les orphelins, les faibles étaient privés de leur part d'eau salée); régl. définitif de 1587 (encore en vigueur) : la jouissance des parts prenants est fixée par ce règlement; la fontaine est un bien inaliénable, et les parts prenants sont contraints de vivre dans l'indivision; comment partager, d'ailleurs? On ne peut jamais savoir au juste quels sont les parts prenants; ceux qui cessent de résider à Salies perdent l'exercice de leurs droits, mais ils en conservent la jouissance; à quelque époque qu'ils y retournent, ils peuvent l'exercer de nouveau. Si l'un d'eux meurt sans

11. — **Propriété incorporelle**. — Les titres de noblesse et les noms patronymiques se rattachent à la constitution de la famille et au régime féodal (1). Il a été question plus haut de la patrimonialité des offices. La propriété littéraire, artistique et industrielle a apparu sous forme de monopole résultant d'une concession royale : c'est la découverte de l'imprimerie, c'est-à-dire la faculté de reproduire un manuscrit, qui a suscité la question des droits d'auteur; l'éditeur recevait un privilège du roi (*lettres de chancellerie* reproduites en tête ou à la fin des vieilles éditions) l'autorisant, à l'exclusion de tous autres, à faire imprimer le livre pendant un certain temps. — La Constituante fit un droit de ce qui n'était jusque là qu'un privilège. La loi du 3 janvier 1791 donna aux auteurs dramatiques le droit exclusif de reproduire leurs œuvres durant leur vie et à leurs héritiers ce même droit pendant cinq ans après leur mort. La loi du 19 juillet 1793 porta à dix ans le droit des héritiers et généralisa les dispositions de

héritier, son droit retourne à la communauté. Entre descendants, il n'y a pas égalité : le droit au compte d'eau salée forme une succession particulière qui a ses règles : préférence de l'aîné ou chef de maison (les chefs de maison tirent les premiers le compte d'eau salée); les locataires et cadets (*sterles*) viennent après eux; privilège de masculinité, car la cadette n'a qu'un demi-droit, et la veuve également; privilège des fils mariés sur ceux qui ne le sont pas (de là des mariages fictifs, des jeunes gens de dix-huit ans épousent des nonagénaires à qui ils promettent par ex. 20 francs de dot et une rente de 2 sous de tabac par jour); condition de résidence (qui n'a pas un feu allumé à Salies et n'y tient famille n'a pas droit à l'eau salée). On a songé à voir là une propriété de la commune de Salies; mais il n'en est rien; les habitants de Salies n'ont pas tous droit à la fontaine; la corporation des ayants droits se distingue de la commune (arr. du Cons. du roi du 12 déc. 1739); celle-ci représente l'agglomération des premiers voisins et des étrangers qui sont venus se joindre à eux, mais n'ont pas réussi à acquérir une part dans cette propriété commune. Lombard, *La Coutume de Salies-de-Béarn*, thèse, 1900. — Cf. *Allmends* suisses et les distinctions entre les bourgeois et les habitants. — Dans la vallée de Vicdessos (Ariège), la propriété des mines de fer de Rancié appartenait à tous les habitants de la vallée, ou, du moins, ils avaient le droit d'extraire tous les jours une certaine quantité de minerai, *Recueil des titres, etc., concern. les mines de Rancié*, par R. Barbe, Toulouse, 1865. — Dans le nord de la France, sous le nom de *portions ménagères et communales*, on accorde aux chefs de famille des lots dans la jouissance des marais; à la mort de l'un d'eux, son lot fait retour à la commune, qui l'attribue au plus ancien chef de famille non apportionné (L. pat. de 1777). Passez, *Les portions ménagères et communales en France et à l'étranger*, 1882. Sur l'Espagne, cf. Wenthworth Webster, art. cité dans la Couvade, *R. des Pyrénées*, 1900.

(1) *Rhdr.*, IX, 381. Cf. *Des titres nobiliaires.* (Epoque féodale.), t. I. Stobbe, § 157-163.

la loi précédente (œuvres littéraires, compositions de musique, tableaux, dessins) (1).

§ 4. — *La possession* (2).

1. — **Généralités** (3). — Les termes qui servent à désigner la

(1) D. 5 fév. 1810 (dr. de la veuve). L. 14 juill. 1866. Delalande, *Et. s. la propr. litt. et art.*, 1880.

(2) Bibliographie. — Il est question de la possession dans les écrits des romanistes, des canonistes (Tancrède, G. Durand, etc.), dans les traités de procédure (p. ex. Imbert, etc.), Domat, IV, p 241. Ferrière, Guyot, etc., *h. v°*. Argou, 2, 9. Pothier, *Traité de la possession*, 1772. Savigny, *R. d. Besitzes*, 1803 (bibl.)

Albrecht, *Die Gewere als Grundlage des älteren deutschen Sachenrechts*, 1828. — Klimrath, *Travaux*, 1843, II, 339-399; *R. Wolowski*, II, 356 (1835). — Renaud, *Kr. Z.* de Mittermaier, 25, 306 (t. fr., *R. de lég.*, 1847 et 1853). — Alauzet, *Hist. de la poss.*, 1849. — Esq. de Parieu, *Et. s. les actions possessoires*, 1850. — Val Smith, *Orig. de la possession annale*, 1854. — Thiercelin, *R. crit.*, 1870, 94. — Leseur, Thèse, 1878. — Bourcart, Thèse, 1880. — *NRH*, 1880, 7. — Buche, *NRH*, 1884. — Tardif, *Procédure au XIII^e^ s.*, 188. — Glasson, *NRH*, 1890, 588, 633; *Hist.*, VII, 272, et III, 140 (bibl.). — Viollet, p. 579 (bibl.). — Garsonnet, *Cours de procédure*, 1881, p. 554. — Champeaux, Thèse, 1898. — *Add.* ouvrages plutôt pratiques, comme Bélime, Crémieu, etc.

Albrecht, *op. cit.* — Homeyer, *Sachsensp.*, II, 2, § 30. — Sandhaas, *Germ. Abhandl.*, 1852. — Stobbe, *Gewere*, dans l'*Encycl.* de Ersch et Grueber; *Handb.*, § 72 (bibl.). — Delbrück, *Dingliche Klage d. deutsch. R.*, 1857. — Bruns, *R. d. Besitzes*, 1848; *Besitzklagen*, 1874; *Klein. Schr.* 1882. — Laband, *Vermögensr. Klagen*, 1869. — Heusler*, *die Gewere*, 1872 (résumé par Lefort, *NRH*, 1877, 345; c. r. de Laband, *KVJ*, 15, 378); *Instit.*, II, 20. — Planck, *D. Gerichtsverf.*, 1879, 1, 681. — Siegel, § 144. — E. Huber, *Bedeutung d. Gewere*, 1894. — Sohm, *Festg. f. Thöl.*, 1879, p. 81. — W. Sickel, *De poss. legitima*, 1871. — Bialzer, *Id.*, 1872.

Holmes, *Common Law*, 1881, p. 206. — Pollock et Wright, *Possession*, 1888 (*NRH*, 1893, 521). — Pollock et Maitland, II, 29. — Pertile, IV, 170. — Salvioli, § 240 (bibl.). — Pais Passino, *Storia d. possesso n. dir. ital.*, 1886. — Tagliacarne, *Az. possess.*, 1876. — Lattes, *Stud. d. dir. statutario*, 1886; *Dir. consuet. lomb.*, 1899.

(3) Théories les plus opposées sur cette matière, ce qui s'explique par l'imprécision des textes, le mélange d'éléments romain, germaniques, etc. Pour les uns, l'idée de propriété est inconnue à l'ancien droit germanique où la possession aurait été tout; pour les autres, c'est l'inverse. Il faut renoncer, faute d'espace, à donner un exposé critique des principales conceptions qui se sont fait jour. Deux surtout ont eu un grand succès, celle d'Albrecht (reprise par Klimrath), et celle plus récente dont les principaux représentants sont Laband et Heusler. Pertile, § 134 *in fine* (aperçu). Cf. écrits de Huber et de Champeaux. — Albrecht définit la *Gewere* le droit à une action réelle, droit qui n'appartient qu'au possesseur en principe; pas de possession, pas d'action réelle. La *Gewere* tient à la fois de la pos-

possession dans l'ancien droit français et allemand sont : *vestitura*, *saisine*, *Gewere* (1). Ils signifiaient originairement mise en possession, tradition matérielle (et plus tard tradition symbolique, *investiture*) (2). On les a pris par extension dans le sens de situation de celui qui a reçu une chose, fait d'avoir une chose à sa disposition, possession en général (3). Propriétaire, possesseur pour son propre compte, mais sans droit de propriété (comme l'acquéreur *a non domino*), simple détenteur *alieno nomine* (comme le fermier, le dépositaire), voilà des personnes dont les droits sont très divers, qui toutes peuvent avoir la chose matériellement à leur disposition. Elles y ont toujours des avantages de fait ; elles y gagnent même de ne pouvoir être dé-

session et de la propriété et devient alors le centre du droit des choses. Gerber, *Deutsch. Privatr.*, § 72), Schulte se rattachent de plus ou moins près à cette conception qui a régné pendant longtemps dans la science et y a jeté, à notre avis, beaucoup de confusion. — Laband et Heusler sont, au contraire, partis de l'idée plus juste que la *Gewere* allemande, la saisine française ne sont autre chose que la possession, quoiqu'il y ait entre elles et la possession romaine des différences importantes. Pour nous, il nous semble même qu'on a exagéré ces différences qui sont secondaires ; à l'envisager dans son ensemble, l'évolution du possessoire dans notre ancien droit nous apparaît comme un recommencement de l'histoire de la possession à Rome. — Cf synonymie des mots *possession* et *saisine*, par ex. *TAC Norm.*, 74; 83, 7, etc. Expression courante : *être en possession et saisine*.

(1) *Vestitura*, *investitura*, *vestire*. Cf. *manus vestita* (gant et son emploi symbolique). *Bai.*, 17, 2. *Capitul.*, Table, *h. v°* Cap. 873, c. 8 : choses de l'Eglise, du fisc, *in vestitura ecclesiae*, *fisci*. Vest et devest, ci-après, Transfert de propriété. A l'époque féodale, investiture ne signifie guère que transfert du fief au vassal. — *Saisina*, *sacire*, *sasjan* (goth.), cf. *setzen*, *Besitz*, possession. Diez, v° *Sagire*. Brunner, *Röm. u. G. Urk.*, p. 242. Warnkœn, II, 295. Laferrière, VI, 386. Sources italiennes. Pertile. IV, 171. *Saisimentum*, saisie. Beaumanoir emploie saisine dans le sens de saisie. Ci-après, Dessaisine-saisine. Le sensitaire est ensaisiné et paye pour cela, au seigneur, un droit appelé aussi *saisine*. Beaum., 27, 6. Ragueau, *h. v°*. — *Gewere*, de *vairan* (goth.), garantir (*warantus*), ou de *varjan*, *vestire*, *prohibere*.— Les termes *possidere*, *possessio*, *tenere*, ne cessèrent pas d'être employés. Ils finirent par prévaloir en Italie et en Espagne, où l'on dit : *tenuta*, *tenencia*. *Siet. Part.*, 3, 2, 30, par opp. à *señorio*, *dominium*. Ex. dans Pertile, *loc. cit.* — *Possessio* dans le sens de terre dans les Capitulaires : 807, c. 2; *L. longob. Car. M.*, 27. Formules : *quicquid tenere et possidere videor*. J. d'Ibelin, c. 152 : saisine ou teneure.

(2) C'est le sens normal. Du Cange, v° *Sesire*. Dronke, *Tradit. Fuldenses*, I, 91, 92 : *testes qui vestitionem* ou *giweridam viderunt*. Cf. Cap. 819, 6. Sickel, *Reg. Karol.*, n° 335 : *legitima tradition atque vestitura*. *Magna Charta*, 1215, c. 9 : *nec nos nec ballivi nostri seisiemus terram aliquam*.

(3) Beaumanoir, t. II, p. 423, éd. Beugnot. Thévenin, *Textes*, n° 125 (cf. Index) : *vestiti legaliter* (*quieto ordine*, sans être troublés). *L. Feud.*, 2, 2.

pouillés sans jugement ou, du moins, sans formes légales (1). Mais parfois elles jouissent d'autre bénéfices : *a)* position meilleure dans le procès sur la propriété (2), présomption de propriété (3); *b)* actions spéciales ou voie possessoire à côté de la voie pétitoire (4); *c)* acheminant vers l'acquisition de la propriété. — D'où vient qu'on attribue de tels effets à la saisine, c'est-à-dire à un simple fait ? Quel est le fondement de la protection possessoire, suivant l'expression de Jhering? A cette question on a répondu par des théories diverses qui renferment chacune une part de vérité : 1° Troubler le possesseur est une atteinte à l'ordre public, un délit que l'autorité publique s'est efforcée de réprimer dès qu'elle a été assez forte pour empêcher les simples particuliers de se rendre justice à eux-mêmes (5). — 2° La possession est une position avancée de la propriété; si on ne la protégeait pas, la propriété se trouverait mal défendue. — La première de ces théories semble correspondre à l'origine de la protection possessoire; la deuxième la suppose parvenue à une phase plus avancée de son développement. Tout au moins cet aperçu est-il suggéré par l'étude de l'histoire des actions possessoires dans l'ancien droit français. Créées dans un but répressif, elles n'ont pas tardé à prendre un caractère nouveau et à se transformer en actions réelles, doublures de l'action péti-

(1) Liut., 148. *Bai.*, 16, 1. *Burg*, 19, 2. *Rib.*, 59, 8. Cap. 819, 9. Cap. Pip., 789, 14 (amende). Wido, 5 (perte du droit). Bertaldo, *Splendor consuet. venet.*, 88 : (*Spoliator*) *per intromissionem per forciam totum jus quod habebat amisit.* Cf. Gl. s. *Roth.*, 348.

(2) J. d'Ibelin, c. 64 (Ass. de Jérus., t. I, p. 106) : « celui en plaidiera come saisi; et il porra dire moult d'eschampes et de fuites et tant que celui qui en aura esté dessaisi en sera moult travaillés ainz que il l'ataigne, se le fuiant le viaut et set faire, et en ce porra aveir grant damage le requerant. » Ci-après. *Qui possidet et contendit. — Deum tentat et offendit.* Sur les béatitudes de la possession (*beati possidentes*) et les énumérations des anciens auteurs, cf. Savigny, *op. cit*

(3) *Bai.*, 16, 1. *Burg*, 19, 2. Liut., 148. *L. Feud.*, I, 4, 1. Stat. Milan, 1396, 10; Vogherà (XII[e] s.), 91. J. d'Ibelin, c. 67.

(4) En Italie, la distinction entre le possessoire et le pétitoire apparaît de très bonne heure. Form. Roth., 228. Ariprand et Albert, 2, 52. Coutumes du douzième et du treizième siècle.

(5) Beaumanoir s'occupe de la nouvelle dessaisine après avoir traité des méfaits et des larcins, après quoi il passe aux tricheries (c. 32). Blackstone range aussi la dépossession parmi les torts. Loysel, 753 : en complainte de nouvelleté, y a amende envers le roi et la partie. Davot nous apprend que de son temps (1677-1743), l'amende n'était plus en usage; on se contentait de condamner à des dommages-intérêts.

toire. C'est à ce moment surtout que le possessoire a eu une importance capitale, non seulement dans le droit privé, mais même dans le droit public (1) : possession vaut moult en France, dit Loysel, encore qu'il y ait du droit de propriété entremêlé (740).

2. — **Droit canon** (2). — En matière de possession, la législation canonique s'est écartée du droit romain sur deux points principaux : en ce qui concerne la quasi-possession, en ce qui concerne la répression de la spoliation. — Entre les mains des canonistes, la quasi-possession, timidement admise à Rome pour quelques droits, s'étend d'une manière à peu près indéfinie ; tous les droits spirituels et temporels, relatifs aux biens concernant les personnes, sont susceptibles de possession (3) ; par là s'accroît la compétence des tribunaux ecclésiastiques et s'affirme la dictature morale de l'Eglise. — Dès le Bas-Empire des mesures particulières avaient dû être prises pour la répression des actes violents ; le propriétaire qui s'empare violemment de sa chose détenue par un tiers et se rend ainsi justice à lui-même, est forcé de la restituer ; il perd à titre de peine son droit de propriété (4). De célèbres interprètes du droit romain ont même pensé qu'on avait dû créer, afin de mieux assurer la protection de la possession, une action *momentariae posses-*

(1) Par exemple compétence des Cours d'église. Cf. *L'Eglise*. Juridiction ecclésiastique, t. I.

(2) Manuels de droit canon et ci-après, note 5. Sur les doctrines des romanistes, cf. Duquesne, *Thèse*, 1898, p. 40; Bruns, *R. d. Bes.*, p. 103 et suiv. Notes sur les *Siete Part.*, Table, v° *Possessio* (bibl.).

(3) Cf. ci-après, Pluralité des saisines. Offices, dignités ecclésiastiques, dimes, etc. — *Gr. C.*, p. 237 (justice), 255 (choses incorp.), 495 (franchise) et suiv. — Possession d'état. *Possessio, conjugis ex causa matrimonii*. X, 13, 8 et 10. Bruns, *Besitz*, p. 240. Duncker, *Quasi-Besitz. ZfdR.*, 2, 2, 28. Ruffini, *Actio spolii*, p. 253, 408. — Vaines protestations des romanistes. Glose s. L. 9, Dig., 5, 3 : *Incorporalia ut servitutes improprie quis dicitur possidere; et magis improprie creditor jus quod habet in débito; impropriissime quum ipse debitor dicitur hoc jus possidere*. Cf. C. civ. 1240.

(4) L. de Valentinien III. Cod. Théod., 9, 10, 3; 4, 20, 3. Cod. Just., *de vi*, 8, 4, 7. *L. Rom. Wisig.*, p. 131, éd. Haenel. Ruffini, *A. spolii*, p. 33 à 53 (et sur le dr. byzantin, p. 75-112). — Que cette règle ne fut pas oubliée, c'est ce qui résulte des mentions contenues dans les Epitomés du *Bréviaire* d'Alaric, dans le *Brachylogus*, 2, 11, dans le *Petrus*, 3, 11. — Le droit barbare se bornait à frapper d'une amende l'*invasor*, ce qui ne paraît pas avoir suffi. Liut., 148. *Bai*, 16, *Burg.*, 19. Cap. 819, 9; 789, 14. Glos. s. *Roth*, 348. Cf. *Const. Sic.*, I, 29 (Frédéric II). Curieuse question dans le *Liber Consuetud.* de Milan, 1, 6 : *an ulla per nostram consuetudinem constitutio penalis datur contra eum qui sua auctoritate possessionem apud allum constitutam vel vacantem occupat ?*

sionis (1). — Les désordres auxquels il avait fallu remédier dès le Bas-Empire ne firent que s'accroître au moyen âge et l'Eglise chercha à les combattre par le *remedium spolii*, prototype des voies possessoires imaginées par le droit séculier (*réintégrande*).

3. — **Origines du remedium spolii.** — Les effets de l'institution se résument dans la maxime *Spoliatus ante omnia restituendus* (2). Elle apparaît, à l'origine, comme un simple incident à une procédure criminelle, une fin de non-recevoir : l'évêque dépouillé de son siège et qui se trouve sous le coup d'une accusation criminelle, peut se dérober à tout jugement avant d'avoir été rétabli; c'est le devoir du juge d'opérer le rétablissement, même d'office (3). L'*exceptio spolii* se trouvait ainsi créée; du moins elle fut tirée de là, généralisée rapidement et appliquée aux laïques comme aux clercs, aux procès civils comme aux procès criminels (4). De simple procédé de discipline ecclésiastique, elle passa au rang de remède de droit commun. La pratique des tribunaux d'Eglise fit, de très bonne heure, un pas de plus (5); on autorisa le spolié à réclamer la restitution par voie

(1) Ruffini, p. 53. Ci-après.

(2) Fausses Décrétales, *Epist. Eusebii*, 2ª, § 12 (Hinschius, p. 237) : *redintegranda sunt omnia exspoliatis vel ejectis episcopis praesentialiter ordinatione pontificum et in eorum unde abscesserunt loca funditus revocanda quacumque conditione temporis aut dolo aut captivitate aut virtute majorum aut per quascumque injustas causas res ecclesiae vel proprias aut substantias suas perdidisse noscuntur ante accusationem...* Cf. Hinschius, p. 165, 214, 694, 731. — Reproduit par Gratien, c. 1 à 4, **C.** III, qu. 1. — Sources : a) Epit. Aegid., Paul. I, 7 (restitution *in integrum* pour dol, erreur) : *redintegranda est a praesentibus judicibus et in ejus unde abscessit potestate revocandum, quod... dolo, captivitate, fraude, virtute majorum aut per quancumque injustam necessitatem substantiam suam aut statum ingenuitatis perdidisse noscuntur.* b) Concile de Lampsaque, 364; de Rome, 501. — Textes postérieurs : **X**, 2, 13. *In VI°*, 2, 5. — Commentateurs : Tancrède, P. 2, t. 9. Hostiensis, l. 2, r. *De causa possessionis et proprietatis, de restitutione spoliatorum.* G. Durand, *Specul.*, 4, 2. — Lancelot, *Inst.*, 3, 10. Pontanus, *Tract. ill. Jct.*, XIV, 271. Maassen, *Jahrb. d. gem. R.*, 1859. Rosshirt, *Gesch. d. R. i. MA.*, 512. Gœcke, *De exc. spolii*, 1858. P. Fournier, *Officialités*, p. 164. Ruffini, *Actio spolii*, p. 141 à 252 (détails sur la discipline ecclésiastique antérieure au neuvième siècle. Le Pseudo-Isidore, Gratien). V. aussi Savigny, § 48 et suiv.

(3) Ruffini a eu le mérite de faire ressortir cette particularité. Cf. concile de Paris, de 615, c. 10, *ap.* Bruns, *Canones*, II, 257.

(4) Réglementation par la Décrétale *Frequens*, 1245, **X**, 2, 5, 1 : en matière criminelle, l'exception peut être opposée à tous; en matière civile, au spoliateur seul.

(5) Ruffini montre que la législation de l'Église n'était point parfaitement

d'action *(condictio ex canone redintegranda)* (1) ; l'existence de l'action se justifiait par les mêmes motifs que celle de l'exception ; l'intervention d'office des tribunaux conduisait à l'admettre et la procédure romaine des interdits possessoires ne semblait pas en différer sensiblement (2).

4. — Le *remedium* définitivement constitué comprend deux moyens : l'**action et l'exception spolii.** L'une et l'autre ont pour effet essentiel d'amener le rétablissement du *statu quo ante* (3) ; c'est là le but que l'on poursuit et l'unique moyen qui parut de nature à empêcher les spoliations, car les peines pécuniaires édictées par les lois barbares ne suffisaient pas ; tant que le spoliateur conservait le bien dont il s'était emparé, il se tenait pour satisfait et ne regrettait pas d'avoir enfreint les lois : en le dépouillant à son tour, on ôtait tout prétexte aux violences. Dès lors, les conditions d'exercice du *remedium* furent très larges : *a*) la spoliation s'entend non seulement de la dépossession violente, mais de toute autre dépossession illégale (4) ; *b*) le *reme-*

d'accord avec la pratique. Gratien n'admettait pas l'extension donnée par la pratique au c. *Redintegranda* (par exemple son application aux laïques, à toute sorte de biens). Les papes tendirent plutôt, à son exemple, à restreindre l'institution nouvelle qu'une connaissance plus approfondie du droit romain leur faisait tenir pour abusive. Voir par exemple la Décrétale *Saepe contingit* (ci-après). Les romanistes ne devaient pas non plus lui être favorables. Il n'en est question qu'une fois dans les écrits des glossateurs (*Quaestiones* d'Azon, XI, éd. Landsberg). Bartole, Balde ne parlent que des interdits romains. On la voit traiter, au contraire, dans P. de Castro, *Consil.*, III, 29, Decius, etc. Voy. en partic. Menochius, *De recuper. poss. remed.*, XV (tendance restrictive) ; Pontanus, *Tract. univ. jur.*, t. XIV, f. 270 (*de spolio*) tendance opposée). P. de Ferrariis, *Aurea Practica*, 1579. Gui Pape, *in Stat. Delph.*, *si quis per litteras.*

(1) Glose s. le Décret, c. 3, **C.**, III, q. 2. On ne vit dans l'*a. spolii* ou *condictio ex can. Redintegranda* que l'interdit *de vi*, et on l'admit d'autant plus volontiers, qu'on pouvait s'appuyer sur la Const. de Théod. et Valent. prononçant la déchéance de la propriété contre l'*invasor*, sur un rescrit d'Hadrien suivant lequel la question de violence devait être résolue avant tout. Cod. Théod., 9, 7, 2. Guill. Durand, 4, 2, n'établit qu'une distinction verbale entre la restitution des spoliés et l'int. *de vi*. Cf. glose *ad recup.*, s. I, 1, D., *de vi*, 43, 15.

(2) Cf. l'a. περὶ βίας des Orientaux. Ruffini, p. 332, et part. 2, c. 1.

(3) **X**, 13, 11. Une simple sentence ne suffit pas ; le spolié peut exiger d'être remis en possession matérielle de la chose qui lui a été enlevée.

(4) Cas où l'interdit *de vi* était refusé, mais pour lequel Cujas a cru (*Obs.*, l. 1, c. 20, et l. 19, c. 16) que sous le Bas-Empire un interdit général dit *momentariae possessionis* avait été imaginé. Cod. Théod., 4, 20, 6 ; 2, 1, 8. Cod. Just., 3, 16, 1 ; 3, 6, 3 ; 8, 4, 8. Dans le même sens, Ihering, *Fondement de la prot. poss.*, p. 112. Bourcart, Thèse, p. 138, critique cette doctrine.

dium appartient à tout possesseur, que sa possession soit juste ou injuste, annale ou non, même au *praedo*, même au simple détenteur; *c*) il est accordé pour toutes les choses, corporelles ou incorporelles, meubles ou immeubles; *d*) aucune prescription n'est opposable au spolié (1); *e*) on ne peut pas non plus lui opposer le droit de propriété, lui reprocher d'avoir lui-même commis une spoliation; *f*) le *remedium* est donné non seulement contre l'auteur de la spoliation, mais même contre ses ayants cause et contre l'acquéreur de bonne foi (2).

Ces règles se justifiaient sans doute par l'état du moyen âge; mais dès que la paix publique fut mieux assurée, on se hâta de les restreindre ou même de les abandonner. Ainsi on ne restitua pas le spolié quand il s'était rendu coupable de crime énorme (3); on défendit d'opposer l'exception *spolii* dans les affaires civiles lorsque la spoliation émanait d'un autre que le demandeur; en matière de bénéfices, on exigea la *possessio colorata* (par un titre); en matière criminelle l'exception dut être prouvée dans les quinze jours sous peine de déchéance (4); la législation séculière ne permit de l'exercer que dans un bref délai (5); enfin, en vertu d'une Décrétale célèbre d'Innocent III, la D. *Saepe contingit*, 1215, l'action *spolii* ne devait plus être donnée contre le tiers de bonne foi (6). Il est vrai que la pratique

Ruffini, p. 53. — L'int. *de vi* différait du *remedium* non seulement en ce qu'il supposait une dépossession violente, mais encore en ce qu'il n'était pas accordé pour les meubles (Cf. D. *de vi*, 43, 16, 14, texte qui a trompé les canonistes), en ce qu'il n'était donné que contre l'auteur de la spoliation, en ce qu'il n'appartenait qu'au possesseur proprement dit, enfin en ce qu'il ne pouvait être intenté que dans un bref délai.

(1) Ou, du moins, aucune prescription inférieure à trente ans.

(2) Glos. s. le décret : *quilibet possidens possit conveniri. Const. Sic.*, 1, 26 : *sive sciens, sive ignorans per quascumque manus possessio ambulaverit.*

(3) Guill. Durand indique vingt-trois cas où, par exception, le spolié n'obtient pas la restitution (Durand de Maillane). Cf. P. de Font, 21, 50.

(4) *Sexte*, 2, 5, 1.

(5) Nouvelle dessaisine : 40 jours en Palestine : J. d'Ibelin, I, 34; délai variable en Angleterre, Glanville, 13, 32; 1 an et 1 jour en France, en Sicile; 2 mois dans ce dernier pays depuis Alfonse I^er^.

(6) **X**, *de rest. spol.*, 18 : *Saepe contingit quod spoliatus injuste, per spoliatorem in alium re translata, dum adversus possessorem non subvenitur per restitutionis beneficium spoliato, commodo possessionis amisso, propter difficultatem probationum juris proprietatis amittit effectum. Unde*, non obstante juris civilis rigore, *sancimus ut, si quis de cetero scienter rem talem receperit, quum spoliatori quasi succedat in vitium*

ne s'accommoda pas de tous ces changements et qu'elle s'en tint de préférence aux vieilles règles (1). Mais tandis que la doctrine subissait ces modifications, les juges ecclésiastiques perdaient la connaissance des questions possessoires dont s'emparaient les tribunaux du roi (2) ou même les justices municipales (3).

5. — **Epoque franque** (4). — L'ancien droit germanique a-t-il connu la distinction de la possession et de la propriété ? S'il est parti, comme il le semble, d'un système de propriété collective du sol, le droit temporaire reconnu à la famille plutôt qu'à l'individu sur le lot qui lui était concédé, ressemblait plus à la possession qu'à la propriété ; mais, en abandonnant ce régime primitif, on est passé à une vraie propriété à côté de laquelle l'état de fait qu'est la possession n'a pas eu grande importance en droit. Tant qu'on n'a pas connu d'actions possessoires, — et elles n'apparaissent pas dans le droit franc (5), — le possesseur n'a eu d'autre avantage que celui de jouer le rôle de défendeur dans le débat sur la propriété ; il l'emportait alors sur son adversaire, non pas précisément en considération de sa possession, mais à raison des principes particuliers de la théorie de preuves ; il lui suffisait, pour gagner son procès, de jurer que sa détention était juste (6). Pour savoir qui était possesseur, on s'attacha sans doute tout d'abord au simple fait de la détention, sans le discuter (7). Mais il semble bien que la procédure se soit compliquée sur ce point ; comme dans l'ancien droit romain, il s'est produit, à titre d'incident, dans le litige sur la propriété,

eo, quod non multum intersit, quod periculum animae, injuste detinere ac invadere alienum, contra possessorem hujusmodi spoliato per restitutionis beneficium succurratur. Sur les interprétations données à ce texte, cf. Ruffini, p. 335. Ihering, *Besitzville*, p. 459. — Voir *Siete part.*, 3, 2, 30.

(1) Ruffini, *loc. cit.*

(2) Bulle de Martin, V, 1428. Loysel, 752.

(3) Cout. de Toulouse, 1, 25 : le demandeur peut écarter l'*exceptio spolii* qu'on lui oppose par une simple dénégation, en disant qu'il n'a pas spolié le défendeur.

(4) Voyez en partic. Heusler, *Gewere*, p. 1 à 106.

(5) Hübner, *Immobiliarprocess*, p. 51. — Si l'on admet que le droit primitif ne connaissait que des actions *ex delicto*, la distinction du pétitoire et du possessoire ne se concevait pas. Elle ne devint possible que le jour où la procédure perdit son caractère pénal.

(6) *Inst. Just.*, 4. 15, 4. *Bai.*, 16. Rozière, n° 487, 488. Huber, IV, 232, n. 44. *L. Feud.*, 4, 1. Cf. Champeaux, p. 334.

(7) L'imputation *malo ordine possides* implique une possession basée sur un délit. *Form. Sen.*, 7, etc.

un débat préalable sur la possession afin de déterminer le rôle des parties (1). Les documents sont trop peu précis pour permettre de savoir comment la question était tranchée dans le détail (2). Il semble que la possession, pour conférer le rôle de défendeur, ne dût pas être vicieuse (3) ou précaire (4); on pouvait l'avoir à des titres divers, par exemple comme propriétaire ou simplement comme usufruitier (5); elle résultait de l'occupation, de la tradition ou de la succession (6). Le droit barbare présente ici comme l'ébauche de la réglementation admise par la législation postérieure.

6. — **Epoque féodale** (7). Du dixième au douzième siècle, il ne semble pas s'être opéré de changement important. La saisine française, la *Gewere* allemande donnent, comme par le passé, à celui qui en est investi, la faculté de repousser par la force les spoliateurs (8), une situation avantageuse dans le procès péti-

(1) Capit., 819, c. 4. Muratori, *Ant. ital.*, I, 973. D. Vaissete, I, n° 5, a. 783. Pollock et Maitl., II, 47. Cf. Champeaux, p. 339.

(2) L'annalité ne semble pas avoir été requise. *Cap. Langob.*, 825, c. 11. Pertz, I, 252. Cf. cep. Glasson, *op. cit.*, ci-après, p. 264, n. 1.

(3) Cap. 820, 1 : *Vestitura genitoris nostri..* (enquête à ce sujet). *Et si invenitur esse justa atque legitima, tunc vestitura dicatur; nam aliter ne vestitura nominari debet.*

(4) C'est-à-dire *alieno nomine.*

(5) Textes nombreux parlant de *vestire in beneficio, sub censu.* Le précariste n'est pas un détenteur précaire au sens moderne; il a donc la saisine, ce qui n'empêche pas le propriétaire d'en avoir une de son côté sur le même fonds, à titre de propriétaire; à plus forte raison l'avait-il quand son fonds était cultivé par des esclaves ou des colons (quoique les textes parlent d'esclaves investis d'une ferme et des ustensiles nécessaires pour la cultiver; cf. *mansi vestiti, absi*). D. Bouquet, VIII. 621. D. Vaissete, n° 137. Cart. de Savigny, n° 434; de Saint-Victor, I, 77, etc. Haeberlin, *Syst. Bearb. d. in Meichelbeck ent. Urk.*, p. 189.

(6) D. Vaissete, n° 16. Cf. Champeaux, p. 255. Sur la saisine héréditaire, documents cités ci-après : *pater me vestitum de legitima alode dimisit*, etc.

(7) P. de Font, p. 86. 230 et suiv., 264 et suiv. Artois, t. 19 et suiv. *Et. de saint Louis*, I, 69, 159; II, 7, *Jost.*, p. 110, 270, 316. Beaum., c. 32. Cout. norm., ci-après. *Stil. Parl.*, I, 18. *Gr. C.*, II, 19, p. 231. Bout., I, 31. Masuer, t. 10 et 11 (matières pétitoires et matières possessoires). J. d'Ibelin, c. 64, 151. Loysel, 740. Buche, *op. cit.* — Cf. J. Faure, *Inst.* s. les Interdits. *Fors de Béarn*, p. 165 (éd. Mazure). — Choix de textes dans Henrion de Pansey, *Comp. des juges de paix*, p. 104 (dans ses *Œuvres judiciaires*). — *Add.* Guilhiermoz. *Enquêtes et procès*, p. 232, 285, 419, 438, 455, 618.

(8) Beaum., 32, 24, 27. *TAC. Norm.*, 19, 77. Loysel, 741. Le spolié avait non seulement le droit de repousser la force par la force, mais celui de reprendre son bien durant un an et un jour, d'après les Coutumiers allemands (*Sachsensp.*, 2, 14, 1. *Schwabensp.*, 50, 209. Heusler, II, 37. Bruns, 360), pourvu qu'il ne fut pas passé à des tiers.

toire (1), et le droit de faire reconnaître sa possession à l'occasion de ce procès (2); c'est là un simple incident d'où les actions possessoires ne se sont point encore dégagées. Le droit coutumier allemand en demeura à ce stade de l'évolution (3). Il n'en fut pas ainsi du droit anglo-normand et du droit français; le premier, vers la fin du douzième siècle, le deuxième dans le courant du treizième, rompent avec l'ancien état de choses. Le possessoire se détache du pétitoire (4); on crée des actions particulières, les actions possessoires, plus expéditives et moins périlleuses que les actions pétitoires (5); elles servent, comme les interdits romains, à recouvrer ou à conserver la possession (6). Il reste l'action pétitoire à qui néglige la voie possessoire (7); les exceptions tirées du pétitoire ne sont pas oppo-

(1) *Gr. C. de Fr.*, II, 19, p. 232 : « En toutes saisines, le possesseur est de meilleure condition; car jà soit ce qu'il soit moins fondé selon droit, ou qu'il n'ait que possession encores telle quelle, toutesfois se le demandeur son adversaire ne prouve son droit, la saisine sera adjugée au possesseur. » Statut de Milan, 1396, 10 : *ex possessione praesumatur quis abere dominium.*

(2) P. de Font, 21, 9 et suiv.; 22, 9. *Jostice*, 19, 42, 2. Glanville, 1, 7. Sorte de *missio in possessionem* du demandeur dans la procédure par contumace. — Dans la procédure contradictoire, en France pas plus qu'en Allemagne, on ne distingue le pétitoire et le possessoire; il n'y a qu'un procès unique dans lequel on recherche d'abord qui a la possession, pour donner au possesseur l'avantage de la preuve. D. Martène, *Ampl. Coll.*, II, 362 (a. 1149). D. Calmet, IV, 471 (a. 1071). Sur le droit allemand, Heusler, *ob. cit.* Schrœder, 704, n. 44.

(3) L'État n'eut pas assez de force pour créer ces institutions de paix comme en France et en Normandie. Cependant, à partir du treizième siècle, on trouve çà et là des ébauches de cette sorte d'actions. Recours à un jury de voisins pour savoir qui a la possession. *Vetus Auctor*, I, 98.

(4) P. de Font, p. 232 : saisine, fonz de querele, principal querele. *TAC. Norm.*, 75, 78, etc. *Sum. Norm.*, 2, 55, 2. Bracton, 1, 4, 3; 3, 4, 7, etc. Beaum., 6, 4; 32, 30. *Jost.*, 12, 26, 3. *Gr. C. de Fr.*, p. 350, 529, etc.

(5) J. d'Ibelin, 64, parle de l'action de nouvelle dessaisine qui correspond à l'*actio spolii* du droit canon et de l'action de force qui est purement pénale. Il ne semble pas que la complainte ait encore trouvé place dans le droit des Assises. Glasson, *NRH.* 1890, 606 Cf. *Et. de saint Louis*, 2, 7; 1, 69.

(6) Effets : pleine ressaisine, restitution des fruits. Cf. not. Beaumanoir. — Notons que le possesseur de bonne foi fait les fruits siens. P. de Font, 21, 9. Beaum., 32, 13. Loysel, 743.

(7) *Salva questione proprietatis. TAC. Norm.*, 75, 2 et 3; 77, 3; 81, 2. *Stat. Norm.* Warnk, II, 33; *Etabl*, p. 66. *Olim*, I, p. 4. 76, 288, 355, 452, 476, 515, 542; II, p. 58. 67. 72, 112, 162, etc. P. de Font, p. 267 : perte de la saisine par défaute de venir à droit. Mais, à l'inverse, quand on commence par le pétitoire, il n'est pas permis d'agir au possessoire. Bracton, 5, 11. Anc. Us. d'Artois, 20, 29 et suiv. Desmares, 300. *Gr. Cout.*, p. 247. Masuer, 10, 2 : l'on ne peut ensemblement intenter le pétitoire et le possessoire.

sables à qui agit au possessoire (1). Le mineur ne peut pas agir *de jure* ou *de proprietate*, mais il est capable d'agir au possessoire (2). La distinction est marquée jusque dans la compétence ; le possessoire est réservé aux tribunaux du duc en Normandie, aux tribunaux du roi en France, tandis que le pétitoire peut appartenir aux tribunaux seigneuriaux ou ecclesiastiques (3).

7. — La **saisine** appartient à qui jouit d'un bien ou exerce un droit pour son propre compte (4). On y retrouve donc le double élément caractéristique de la possession romaine, le *corpus* et l'*animus*, le fait et l'intention. Il est vrai que, la saisine ne correspondant pas uniquement à la propriété, ainsi que la possession à Rome, l'*animus* et le *corpus* doivent s'entendre d'une manière plus large ; mais on ne saurait dire qu'ils aient changé de nature (5). Le détenteur pour autrui n'a point la saisine, du moins en règle générale ; c'est au propriétaire qu'elle demeure, comme lorsqu'il fait cultiver ses terres par des ouvriers ou des domestiques (6). Néanmoins, des distinctions

Bout., I, 31 (p. 198) : le jugement du plain possessoire doit être entièrement exécuté avant que l'on ne passe au pétitoire. Cf. *Siete Part.*, 3, 2, 28.

(1) *Arrest. Scac.* Warnk., II, 76 ; *Etabl.*, p 123. *Olim*. I, 452, n° 16 ; 494, n° 13, etc. Le plus proche héritier auquel son adversaire oppose sa qualité de donataire obtient la saisine *et de proprietate fiat jus coram domino feodali.*

(2) *TAC. Norm* , 78, 1, 3. Ci-contre, 163, t. II.

(3) *TAC. Norm.*, 22, 2 ; 53, P. de Font, 32, 17 *Olim*, I, 452, 16 ; 667, 8 ; II, 56, 10 ; 408, 20, etc. Cf I, 814, 2, 881, 38 ; II, 79, 5 ; 156, 7. *Stil. Part.*, 1, 18, 25. *Gr. C.* p. 240, 253 : prevention seulement au juge royal. Masuer, XI, 60, 75 (privilège pour l'action de simple saisine). *Lib. praet. Remensis*, p. 187. Ord. 1539. art. 49. G. Pape, q. 1. Loysel. 752 : *au roi appartient par prévention la connaissance des complaintes de nouvelleté en chose profane et privativement à tous autres juges, en matière bénéficiale*

(4) Cf. formule allemande : *Gut im Nut und Gelde hat. Sachsensp., Lehnrecht*, 14, 1. Pollock et Maitl., II, 32, Beaum , 34, 13. *Gr. C. de Fr.*, 252. *L. d. droiz*, 630. Loysel, 749, 765. Ex. nombreux dans les *Olim*, saisine du droit de chasse, I, 425 ; II, 175 ; d'une dîme, I, 743 ; d'une justice, I, 984, etc.

(5) Selon Hessler, la différence principale entre la possession romaine et la *Gewere* germanique consisterait en ce que la première supposait l'*animus domini*, tandis que la seconde appartenait à quiconque avait la jouissance d'un bien ou d'un droit (*animus possidendi*). C'est là une extension de l'idée de possession, extension si naturelle qu'elle s'était déjà produite à moitié à Rome (quasi-possession) et qu'elle se compléta au moyen âge dans le droit romain vulgaire et dans le droit canon. Cf. dans les formules (Roz., 142, 152, etc.) : *possidere jure proprietario, sub usu beneficio, usufructario ordine.*

(6) Qui dessaisit le serf dessaisit son seigneur ; ce qui n'empêche pas deux serfs de se disputer la saisine de leurs tenures.

sont ici nécessaires. La même personne peut détenir à la fois pour son compte et pour le compte d'autrui ; elle aura la saisine en ce qui concerne son propre droit et non en ce qui concerne le droit d'autrui. En ce cas, deux saisines coexisteront à propos du même bien. Quelquefois, au lieu de deux, il y en aura trois au plus. Le fief nous donne un exemple de cette série de saisines simultanées : le seigneur qui l'a concédé, le vassal qui l'a reçu et qui, à son tour, fait cultiver le fonds par un censitaire, le censitaire qui la donne à rente, le débirentier ont, chacun, une saisine ; pour chacun d'eux, la saisine est l'exercice de ses droits particuliers (1).

8. — La **saisine s'acquiert**, en principe, par la prise de possession matérielle : occupation pour les *res nullius*, tradition pour les choses déjà appropriées, appréhension opérée régulièrement par quelqu'un qui ne fait qu'exercer un droit (par exemple en vertu d'un jugement) (2). Emanée *a non domino*, la tradition confère cependant la saisine (3) ; mais à une condition, dans l'ancien

(1) *Gr. C. Fr.*, p. 235 : saisine de l'usufruitier ; p. 239 : le vassal peut intenter la complainte contre son seigneur ; p. 248 : saisine du fermier qui avait encore quatre ans à tenir la terre et qu'un nouvel acquéreur voulait expulser ; p. 756 : entre seigneur et sujet, il n'y a point nouvelleté. Beaum., 32, 8 : par mout de resons puet li sires saisir en ce qui est de lui tenu. Si la voie possessoire lui est refusée, le sujet peut agir par une autre voie devant la Cour seigneuriale. Cf. Masuer, XI, 15, 22, 49. Beaum., 32, 13, donne l'action de nouvelle dessaisine au fermier contre le bailleur ; il reconnaît donc que le fermier a une saisine véritable pour protéger son droit sur le fonds, et il est à noter qu'il s'agit d'un bail à temps et non d'un bail à vie, cas auquel le doute n'aurait pas pu se produire. D'après Bracton, le tenancier à temps a une action particulière, tandis que l'assise de nouvelle dessaisine est réservée au bailleur. Pollock et Maitl., II, 36. Au sujet de ces saisines simultanées et des difficultés auxquelles leur coexistence donne lieu, Heusler, II, 25. Stobbe, I, 200. — La doctrine des romanistes est confuse. Azo, *Sum. in Cod.*, 7, 32. Accurse, gl. s. I, 3, 5, D., 41, 2. Bartol, *ad* l. 1, D., *de acq. v. am. poss.*, 8. Cf. situation du précariste, du gagiste, du séquestre à Rome.

(2) *Gr. C. de Fr.*, II, 19, (p. 231) : « *Ils sont trois espèces de possessions suffisant à saisine, c'est assavoir : possession acquise par occupation* (plus loin : *ne vi nec clam nec precario*, durée d'an et jour), *possession acquise par succession* (plus loin) *saisina deffuncti descendit in vivum*), *possession acquise par tradi ion de fait* (plus loin : à cause de vente, don, etc.).

(3) Arg. Beaum., 51, 18. La saisine se justifie par la régularité de l'acte, au moins en apparence. L'acquéreur de bonne foi avait, en outre, le bénéfice de la prescription. Pour l'acquéreur de mauvaise foi, on aurait pu considérer sa saisine comme vicieuse, mais la mauvaise foi ne peut pas se présumer ; s'il n'y a pas de circonstance aggravante, pas de délit ou de complicité de délit, il a le même bénéfice que l'acquéreur de bonne foi. Les

droit, c'est qu'il y ait eu investiture ou ensaisinement seigneurial, en d'autres termes, qu'elle ait été régulière ; avec le temps, cette exigence disparut comme on le verra à propos du transfert de propriété (1). L'appréhension *vi aut clam* n'engendre qu'une saisine vicieuse, inefficace ou avec des effets restreints (2) ; mais cette tache originelle est susceptible de disparaître (3) ; dès que la possession cesse d'être troublée, dès qu'elle a lieu publiquement au vu et au su de tous, on satisfait aux exigences des textes qui parlent constamment de saisine paisible (4) : le vice de précarité, au contraire, ne disparaît

textes du treizième siècle ne prévoient pas formellement ce cas, parce que la bonne foi se présume.

(1) On peut dire : pas de saisine (c'est-à-dire pas d'actions possessoires, etc.) sans ensaisinement seigneurial ou judiciaire (ou sans la possession annale qui équivaut à cet ensaisinement (*L. d. droiz*, § 712 ; plus tard possession décennale, Loysel, 718). La prise de possession n'est régulière que moyennant l'intervention du seigneur ou du juge ; en l'absence de celle-ci, la protection possessoire est déniée (cf. cep. Réintégrande). Mais de ce qu'il n'y a pas de saisine sans ensaisinement judiciaire, il ne suit pas que la saisine soit acquise par le seul fait de l'ensaisinement ; c'est là une question réservée et qu'on ne saurait résoudre par la similitude des mots *saisine*, *ensaisinement*. Ci-après, *Jost.*, 2, 1, 1 ; 12, 6, 26. *Cout. not.*, 53, 72. Desm., 62, 185, 189. Bout., I, 43. Varin, *Arch. lég. de Reims*, 1, 675, 961. Beaum., 30, 38 ; 6, 4. De Parieu, p. 76. — En cette matière, d'ailleurs, il se fit une distinction, au moins au quatorzième siècle, entre les fiefs et les censives. L'ensaisinement seigneurial fut abandonné pour les censives : *ne prend saisine qui ne veut*. Loysel, 745, 746 : *appréhension de fait équipolle à saisine* : c'est-à-dire autant vaut la prise de possession de fait que l'ancien ensaisinement seigneurial autrefois en usage ; la propriété est acquise en tout cas. Pour les fiefs, au contraire, la nécessité de l'ensaisinement seigneurial se conserva plus longtemps ; en son absence, dit le *Gr. C.*, p. 233, la saisine n'est acquise ni de droit ni de fait ; l'acquéreur n'est pas propriétaire et ne peut agir au possessoire (même s'il y a eu tradition feinte).

(2) Beaum., 32, 23 : le voleur a la saisine et peut demander d'être ressaisi *avant toute œuvre*, quoiqu'il doive encourir la peine de la hart. Cf. 31, 3 : il est saisi et vêtu de la chose emblée. P. de Font, p. 264 (de cest droit usons nos) : saisine de tolte. *Gr. C. de Fr.*, p. 235 (saisine basée sur un délit). Guilhiermoz, p. 286 : *possession happée*.

(3) *Jost.*, p. 271 : tenir an et jour sans *contans* ; cf. p. 110. Beaum., 32, 2 : être en saisine an et jour paisiblement.

(4) Les textes ne se prononcent catégoriquement ni sur le caractère absolu ou relatif des vices de la possession, ni sur la question de savoir s'ils sont purgés par le laps de temps. Ils semblent envisager ces vices comme absolus, de nature à pouvoir être opposés par tous et non pas seulement par le violenté, etc. En effet, la restriction *ab adversario* n'y figure pas. Cf. d'ailleurs, ci-après, la distinction entre la complainte et la réintégrande. Pothier, n° 17. Dunod, *Prescr.*, p. 18 (éd. 1753). Guilhiermoz, *Enquêtes*, p. 288, n° 56 : 1° on se plaint *de novitate*, c'est-à-dire d'un trouble

point par l'effet du temps; une interversion de titre serait nécessaire (1).

9. — La **saisine de droit** (2) indépendante de toute appréhension matérielle d'un objet, de tout exercice d'un droit, n'existe que d'une façon très exceptionnelle : *a°* au profit du possesseur dépouillé sans droit et qui, légalement, est toujours considéré comme saisi (3); *b°* au profit de l'héritier à partir de la mort du *de cujus* (4); *c°* au profit de l'acquéreur qui a reçu l'investiture seigneuriale ou judiciaire par voie symbolique (tradition par le bâton) (5); *d°* au profit de celui à qui un jugement attribue la possession d'un fonds, avant qu'il l'ait appréhendé (6). Que la saisine ait appartenu aux deux premiers, c'est-à-dire à l'héritier (7) et au possesseur dépouillé c'est ce

récent; le demandeur ne sera écouté que s'il a été troublé depuis moins d'un an; s'il laisse son adversaire posséder pendant l'an et jour, il sera repoussé, quoiqu'il prétende que cette possession est vicieuse; 2° on agit *simpliciter de possessione*; celui-là triomphe qui prouve qu'il a possédé le plus longtemps *nec vi nec clam nec precario*. N° 59 : *alii dicunt quod qui cadit a novitate .. cadit eliam a possessione simplici* (arrêt en sens contr., en 1340). Ci après, Action de simple saisine. — Voir, pour le droit actuel, Garsonnet, t. I, p. 588.

(1) Beaum., 32, 13, 14. Sur l'expression : détenteurs précaires, cf. Cod. Just., 7, 39, 2. — Garsonnet, t, I, p. 585, n. 18.

(2) L'expression *saisine de droit* se trouve dans le *Grand Coutumier*, par opposition à la saisine de fait ou détention matérielle. Cf. *Possessio realis civilis*, des anciens Romanistes, *Ideelle Gewere* des Allemands modernes.

(3) Cette saisine est opposable à tous indistinctement, comme la saisine ordinaire, et non pas seulement à certaines personnes (par exemple au *dejiciens*). Ci-après, maxime : nul ne doit plaider dessaisi.

(4) Et avant qu'il ait pris possession lui-même des biens de la succession. J. Faber, *Inst. de interd. : stylus curie Franciae ubi haeredes se dicunt saisitos et turbari in possessione et concludunt in casu novitatis quamvis non fuerint adepti realiter possessionem*. Cf. Ci-après. Formules : *le mort saisit le vif*; *Le roi est mort, vive le roi*. Gui Pape, q. 355.

(5) De là résulte le transfert de la propriété, mais aussi celui de la possession; l'investiture n'est, au fond, qu'une tradition. Cf. Ferrière, v° *Poss. feinte*.

(6) Ce dernier cas est le plus douteux, et c'est peut-être celui que vise le *L. d. droiz*, § 280. Gui Pape, *in Stat. delph., l. c.*

(7) La règle *Le mort saisit le vif* eut plus d'efficacité en ce qui concerne les censives que pour les fiefs. L'ensaisinement seigneurial fut complètement écarté, quand il s'agit de censives : au contraire, le seigneur est saisi du fief avant l'héritier, mais celui-ci a droit d'exiger l'investiture moyennant la prestation de la foi et hommage; il ne peut prendre possession avant l'investiture sous peine d'amende. *Gr. C. de Fr.*, p. 234. Cf. *Ass. de Jérus.*, I, 227, éd. B. *Regiam. Maj.*, 3, 28, 1. En droit anglais, saisine *in law* par opposition à la saisine *in deed*, prise de possession en fait. Ci-après, *Writs of entry*.

qui est hors de doute; les textes sont aussi formels que possible et des motifs pressants d'utilité pratique justifient cette solution. Pour ceux qui ne pouvaient invoquer qu'un ensaisinement ou un jugement sans appréhension matérielle, ils avaient le droit d'acquérir la saisine, de prendre possession; mais on se demande s'il leur était permis d'invoquer les actions possessoires avant toute appréhension, s'ils pouvaient plaider saisis. Cela semblerait logique, puisqu'il s'opère un transfert de propriété à leur profit et que la tradition feinte, dont c'est là l'effet, doit transmettre en même temps la possession et réduire l'aliénateur à l'état de détenteur *alieno nomine*. Telle est bien la solution qui semble avoir prévalu (1), mais nos sources sont loin d'être aussi explicites pour ces cas que pour les précédents (2).

(1) Laurière, s Paris, 96 : pour former la complainte, il faut avoir la saisine, et pour avoir la saisine, il faut avoir possédé pendant l'an et jour, à moins qu'on ait été ensaisiné par le seigneur dont la chose contentieuse est mouvante, car la saisine donnée par le seigneur vaut celle qui est acquise par l'an et jour. Cf. Guilhiermoz, *Enquêtes*, p. 233 (*saisinam advenisse non ex facto suo sed ex titulo*). Gui Pape, q. 22 (Hostiensis, ci-après), 101, 415.

(2) A l'appui de cette thèse très contestée, on peut invoquer la maxime : *le mort saisit le vif*. Par là on veut mettre l'héritier dans la situation où il se trouverait s'il avait été investi ou ensaisiné par le seigneur. Comme il est certain que l'héritier acquiert à la fois la propriété et la possession, il doit en être de même de tout ayant cause qui a reçu l'investiture seigneuriale. D'autant plus qu'il joint la possession de son auteur à la sienne; la saisine de droit complète ce bénéfice, sans difficulté, grâce à l'idée de constitut possessoire dont on connaît le rôle important en matière de transfert de propriété. *NRH*, 1891, 176 : « En cas d'accensement pour avoir la possession *naturelle* de la chose accensée ne fault vest ne devest ne saisine de seigneur, mais par la tradicion des lettres sur ce faictes le preneur se peut dire saisy. » Ci-après. — La question souffre néanmoins beaucoup de difficulté. Heusler cite en sens opposé un passage du *L. des droiz*, § 280 : *quant possession est adjugée à aucun, il ne souffist pas à donner gaigie* (saisine), *se il n'a corporelle possession*. Il argumente de divers passages du *Gr. Cout.*, p. 231 : occupation, tradition de fait; p. 233 : naît saisine de possession *et non e contrario*. Cf. Beaum., 2, 8 et 17; 20, 2; 32, 24; le premier de ces passages me paraît favorable à l'opinion indiquée au texte, et les autres expliquent peut-être le *L. d. droiz*. Selon Heusler, l'ensaisinement seigneurial ou judiciaire n'avait d'effet qu'au point de vue de la propriété. *Sachsensp.*, 34, 3. *Anc. Us. d'Artois*, 24, 5 à 12. *Cout. not.*, 124. *L. d. droiz*, 712. — Les romanistes admettaient communément que la possession n'était pas acquise par l'investiture *in absentia rei*. *Siete Part.*, 4, 26, 4 (notes). Hostiensis *fatui notarii dicunt tradi possessionem per traditionem calami*.

10. — **Possession annale** (1). — Vers la fin du treizième siècle, il se fit dans la théorie possessoire une modification remarquable : seule, la possession annale fut prise en considération (ou peut s'en faut) (2); on l'opposa sous le nom de *saisine, vraie saisine*, à la possession simple ou détention (3). La possession conduisit à la saisine par une sorte de prescription, à la propriété par une prescription plus longue. Dans les deux cas on admit l'*accessio possessionum* du droit romain ;

(1) Sur le délai d'an et jour, cf. ci-après. Complainte, Prescription, Retrait, etc. — Selon Glasson, *NRH*, 1890, 594, la saisine d'an et jour existait déjà avec un certain caractère de généralité à l'époque franque; de là elle se serait transmise à l'époque féodale et aurait été admise dans des pays divers, depuis l'Italie jusque chez les Scandinaves. — A l'appui de cette opinion, on peut citer des cas remarquables d'application du délai annal : Tacite, *Germ.*, 26 : *arva* per annos *mutant. L. Sal.*, 45 (47), *de migrantibus* (qui s'est établi dans un village ne peut plus en être expulsé sur la demande d'un des habitants au bout d'un an de séjour). Cap. 825, c. 11 (I, 331) : supériorité de celui qui a possédé an et jour au cas de deux ventes successives. — Mais c'est à cela que se réduisent à peu près les mentions du délai annal. Il est difficile d'affirmer, dès lors, qu'il fut d'un emploi général. Plus probablement il s'établissait une coutume qui se fixa et se généralisa plus tard. Cf. *Charte de Lorris*, éd. Prou, note s. l'art. 27. Guilhiermoz, *Enquêtes*, p. 287.

(2) Dans les *L. Feud.* il est question tantôt de possession annale, tantôt de *longa possessio*, tantôt de possession *aliquo tempore* (1, 26, 1; 2, 33, 5, 2, 33 *pr.*). Le vassal qui a possédé un an, *sciente domino et non contradicente*, peut jurer qu'il a été investi par le seigneur; la possession annale équivaut donc à l'investiture seigneuriale. Pertile, § 135, cite divers statuts italiens où il est question de la possession annale. Stat. Modène, 1327, IV, 180 : *si per annum possederit, laborando et fructus percipiendo, possit pronuntiari verus possessor.* En 1163, à Trente, *in mallo publico, per laudum curiae*, on exige une possession d'an et jour. Les Fueros de Catalayud, de Daroca, supposent une possession de la moitié d'un an (1151, 1142); le F. de Miranda (1099), une possession d'an et jour : qui a possédé en paix durant ces délais peut repousser toute action. Sur la possession triennale en Italie, cf. Salvioli, p. 443.

(3) Être en saisine an et jour paisiblement, expression courante déjà du temps de Beaumanoir. *Jost.*, 3, 5, 4 (vraie saisine). Ci-après, Complainte en cas de saisine. *Gr. C. de Fr.*, 232 : « Ja soit que le droit de possession et de saisine n'aient point de différence expresse, toutesfois. . possession se peult acquérir par occuper seulement, et par icelle possession continuée *non vi non clam nec precario*, la saisine est acquise par an et jour. Saisine est réputée juste de soy, *propter temporis adminiculum*, mais possession non... Si je me allegue saisi par an et jour, l'en présumera pour moy, tellement que pendant le plaît, la chose ne sera point mise en la main du roy, mais demourra à mon prouffit. » Loysel, 749. Masuer, 11, 3 : en matière bénéficiale, on exige de plus un titre. Cf. *rechte Gewere* allemande qui concerne plutôt la propriété.

l'ayant cause fut autorisé à joindre à sa possession celle de son auteur afin de parfaire le délai d'un an (1). De la sorte, la saisine apparut comme un droit réel opposable à tous, une espèce de propriété inférieure. Le contre-coup de ces changements ne tarda pas à se faire sentir dans la procédure des actions possessoires qui se complique et se développe (2). Il est vraisemblable, comme on le verra à propos des actions possessoires, que l'importance donnée à la possession annale est moins une innovation radicale qu'une réglementation de l'état de choses antérieur (3). Pour savoir qui a possédé un fonds, on recherche qui l'a cultivé, qui a semé et récolté, et cela suppose une exploitation d'un an. C'est sans doute en partant de là que l'on avait institué la tenure d'an et jour, la *rechte Gewere* allemande. Or, la possession annale n'est qu'une réduction de ces institutions plus anciennes. Dans les pays, comme l'Italie, où le droit romain prévalut, il est question de la possession d'un an dans les statuts locaux : mais le droit commun l'a écartée jusqu'au jour où elle a réapparu avec les Codes français (4).

11. — **Les actions possessoires. Droit anglo-normand** (5). — Si le droit romano-canonique n'a pas été étranger à la création des actions possessoires, il est probable qu'elles auraient apparu spontanément, à supposer que son influence ne se fût

(1) Guilhiermoz, *Enquêtes*, p. 286.

(2) La répression des délits et des actes violents étant assurée, on put se montrer plus difficile pour la protection de la possession.

(3) Guilhiermoz, *Enquêtes*, p. 287, n° 52 *in fine*.

(4) La théorie de Klimrath, d'après lequel la saisine se rattache au droit réel et se confond avec lui, est en opposition avec les textes les plus catégoriques (Beaum., 6, 4; 32, 30. *Jostice*, 12, 26, 3. *Gr. Cout.*, p. 350, 529).

Selon Klimrath, la saisine de fait serait la détention (commodataire, fermier, etc.); la saisine de droit est plutôt le droit de prendre possession en fait : la simple saisine s'oppose à la vraie saisine, c'est-à-dire à la saisine qui a duré an et jour. Il y aurait dès lors quatre sortes de saisines :

1° La *simple saisine de fait*; 2° La *simple saisine de droit*, résultant du jugement, de l'investiture judiciaire, de l'hérédité; 3° La *vraie saisine de fait*, ou possession d'an et jour servant de base à la complainte; 4° La *vraie saisine de fait et de droit*, ou possession d'an et jour basée sur le jugement, etc. La terminologie des sources n'est pas fixée *Gr. Cout.*, p. 233, 234, 367; *s. de fait*, *s. de droit*. *Jostice*. 13, 5, 4 : 17, 3, 2 : *vraie saisine* : cf. 12, 6, 26; 4, 4, 1. *Gr. Cout.*, p. 239 : possession naturelle et civile. *L. des droiz*, § 86. Bout., f° 90.

(5) Heusler, *Gewere*, § 28. Brunner, *Entst. d. Schwurger*, 327, Pollock et Maitland, II, 29.

point fait sentir, tant elles convenaient à l'état social du moyen âge. C'est en Normandie que le terrain se trouva le mieux préparé pour recevoir et faire prospérer le germe de la réforme ; l'autorité ducale y travaillait avec énergie au maintien de la paix publique, peut-être parce qu'à la suite des invasions et des guerres les désordres y étaient plus grands qu'ailleurs (1) ; on réprima les voies de fait par tous les moyens possibles ; un de ceux par lesquels s'exerça de la manière la plus efficace le pouvoir de police des ducs fut l'établissement de la procédure possessoire (2). Elle eut son point d'attache dans un privilège réservé au duc à l'époque féodale, au roi à l'époque franque, la pratique de la *recognitio* (3) ; au lieu de courir les chances du duel comme dans la procédure ordinaire (4), le duc faisait constater ses droits au moyen d'une enquête ; on étendit cette prérogative aux simples particuliers ; grâce à un bref du duc (5), chacun put faire constater (*recognoscere*) sa possession par un jury de douze hommes honorables du voisinage ; l'enquête est

(1) *TAC. Norm*, 22, 31 : *nullus, guerram faciat.* Pollock et M., II, 44.

(2) *Ne potens male agat super impotentem. TAC.* 7, 1 ; 16, 4 et 5 ; 19, 1 ; 31 ; 53. Le *TAC*, 53, les classe parmi les *placita ensis ad ducem pertinentibus*, à côté des délits comme les *infractiones quiminorum*, l'*insultus pacis*. L'assise de nouvelle dessaisine est probablement de l'an. 1166 (Henri II) : c'est alors qu'elle a constitué une procédure normale. Sur les précédents, cf. Bigelow, *Placita*, 128.

(3) L'Eglise, les orphelins et autres personnes spécialement protégées par l'Etat jouirent les premières de ce bénéfice.

(4) *Ad evitandum dubium eventum duelli.* Fleta, 5, 7, 1. La procédure de *recognitio* s'appliqua aussi, il est vrai, à la propriété ; mais alors les brefs furent conçus différemment. La contradiction d'un seul juré rend le duel inévitable. *TAC*, 85. Pollock et M., II, 45.

(5) La procédure romaine des interdits débute aussi par un ordre du préteur. *TAC*, 25 : *nulla fiet recognitio nisi per breve ducis.* Cf. *ib.*, 73. Le bref est présenté au bailli du duc *in patria conquerentis* ; par ce bref, le duc le prévient d'envoyer au *déficiens* l'ordre de restituer (*praeceptum de ressaisiendo*) ; si cet ordre reste sans effet, le bien est mis sous séquestre d'après la *Summa*, 93, 2 (cf. *TAC*, 19, 3), ce qui est le meilleur moyen d'assurer la paix ; un jury est constitué, il procède à la *visio terrae* et rend son verdict aux prochaines assises devant le *justiliarius* ducal ; le c. 19, 3 du *TAC* paraît exiger l'unanimité des jurés comme dans les procès de propriété ; le c. 76 déclare que la majorité suffit (cf. c. 22, 1 : neuf) ; une seule excuse (essoine) est accordée, tandis qu'il y en trois dans la procédure du duel (*TAC*, 42, 1 et 3 ; 73, 3 et 4 ; 77, 6 ; 82), de sorte que la procédure est brève ; si l'accusé fait défaut une seconde fois, la *recognitio* par le jury se fait comme s'il était présent ; elle peut tourner à son avantage, mais il est *in misericordia ducis pro defectu.*

plus favorable au faible, au pauvre, que ne le serait le combat avec les redoutables champions du riche (1).

12. — La plus importante des actions possessoires (2) est la **querela novae dissaisinae** ou plainte à la suite de dépossession récente (3). Le spolié a la ressource de reprendre son bien par la force à la condition d'agir sur-le-champ : le droit anglais lui donne même un délai de quatre jours ; mais, en général, s'il n'agit pas immédiatement, la voie de la *Selbsthülfe* lui est interdite (4). Il en est réduit à la *querela*. Pour qu'elle puisse être exercée, la dépossession doit porter sur un franc tènement et non sur un villenage ou tènement serf (5). Il importe peu qu'elle ait eu lieu avec ou sans violence. A la dessaisine ou spoliation complète (6) on assimile le simple trouble, ce qui fait que la *querela* tient lieu des interdits *retinendae* et *recuperandae possessionis causa* (7). Elle doit être récente, *nouvelle* ; s'il

(1) *TAC*, 17 : *si vis fortis versus debilem hominem placitaverit et placitando terram suam ei auferre voluerit, confidens de devitiis suis et fortitudine campionum suorum.* Beaum., 32, 24.

(2) Autres : *Q. de antecessoris saisina* au profit de l'héritier auquel on conteste la saisine des biens possédés par le *de cujus* ; *Q. de presentatione ecclesiae*, au profit de celui à qui on conteste le patronage d'une église ; peut-être *Q. maritagii impedili* (bref de mariage encombré) pour le recouvrement de la dot. *TAC*, 5 ; 79, 9.

(3) *TAC*, 73 : *Si quis spoliatus fuerit de tenemento suo post ultimum augustum vel preultimum, debet petere restitutionem suam per hoc breve : Rex vel senescallus balliro de tali loco salutem. Praecipe H. quod sine dilatione ressaisiat R. de tenemento suo apud talem locum unde saisitus fuit ultimo augusto vel preultimo, et unde postea eum dissaisivit injuste et sine judicio. Quod nisi fecerit, si tibi dederit plegios de prosequendo clamore suo, tunc submone XII legales homines de visineto quod sint ad primam assisiam ballivie tue parati juramento inde facere recognitionem et interim terram illam videri facias et esse in pace cum catallis, et submone praedictum H. quod sit ad visionem et ad assisiam et habeas ibi tecum juratores et submonitorem et hoc breve.* Cf. *Summa*, 93, *TAC*, 74 et *Summa*, 98, 1.

(4) Bracton, 4, 1, 5 et 27. — L'action *of trespass* qui pouvait s'appliquer en droit anglais en cas de trouble n'apparaît que sous Henri III. Pollock et M., II, 53 — Clameur de haro employée contre les simples troubles de fait. *NHR*, 1882, 411. Cf. *TAC*, 16, 3 et 5. Ci-après, § 14.

(5) *Magna Charta*, 1215, c. 39 ; 1217, c. 35.

(6) Distinctions en droit anglais, dessaisine, intrusion, abatement, etc. Glasson, IV, 261. Conservation fictive de la saisine par voie de protestation faite d'année en année sur les lieux ou à proximité. Ibid., IV, 266. Cf. Littleton, 435.

(7) Contestation du droit de percevoir une dîme ; il y a trouble plutôt que dépossession. *Arresta Scacar.*, ap. Warnk., II, 76. Le possesseur d'un

s'est écoulé un an et un jour depuis qu'elle a eu lieu, l'action est refusée ; la spoliation est un délit dont la victime doit se plaindre à brève échéance sous peine d'être censée avoir pardonné ; d'ailleurs, l'ordre est rétabli ; le jury des voisins serait plus embarassé que si on le consulte au lendemain des faits délictueux (1). La question posée au jury doit être simple (2) ; on lui demande si un tel était en possession au moment de la dessaisine ; or, c'est là un fait qu'il est aisé d'établir ; la possession se reconnaît à l'*exploitation*, à la jouissance (3). Le *T. A. C.* de Normandie ne paraît exiger rien de plus pour triompher dans la *querela* (sauf sans doute la possession *animo domini*) (4). Il en est de même, d'après la *Summa*, si le jury n'est fixé ni sur le *modus* ni sur la *qualitas saisinae* (5) ; mais si l'enquête permet de savoir a quel titre on possède (*qualitas sai-*

fonds qui serait simplement troublé aurait-il la *querela?* Les sources anglaises se montrent très larges. Bracton, 4, 1, 38, 4. Fleta, 4, 1, 8 et 9. Britton, 42. *Myrror of just.*, 2, 25 (déforcement, disturbance, ejection). Sans doute, le bref ducal ne fut accordé tout d'abord que dans des cas de dépossession, l'atteinte à l'ordre public étant plus profonde ; on se borna ensuite à l'étendre même aux cas de trouble, sans créer une procédure nouvelle.

(1) *TAC.* 21, 2 ; 73, 4 ; 74 ; 75, 2 et 3 ; 78, 5. Warnk., II, 31. *Etabl.*, p. 54. *Summa*, 2, 29, 6, et 30, 1, 2 ; 2, 32, 2, et 34, 3 et 5. — Cf. pour le dr. anglais : depuis le dernier voyage du roi en Normandie, depuis la *prima coronatio regis*. Bracton, f° 179. Pollock et M., II, 50.

(2) Pollock et M., II, 48.

(3) *Explicare*, * *explicitare*, accomplir jusqu'au bout, * *expleclare*, *espleitier*. *Espleit. Et. de s. Louis*, I, 92 (exploitables au baron). Godefroy, v° *esploit* (fruiz et espleiz. Cf. Beaum., 29. Rentes, loyers et esplois.) Cf. exploiter, en parlant de l'huissier. S'il s'agit d'une terre, le jury reconnaît qui a fait la récolte au mois d'août qui précède la dessaisine (au mois d'août de l'année antérieure si la récolte se fait tous les deux ans). — Pour les autres biens, on envisage de même l'époque où les revenus sont perçus. *Summa*, 93, 7. — Sur la *querela de antecessoris saisina*, cf. *TAC*, 21, 1 et 2 ; 74. *Summa*, 98, 1 ; 2, 34, 1. Warnk., II, 73. On voit si le *de cujus* était saisi au jour de sa mort, c'est-à-dire s'il a fait la récolte au mois d'août précédent.

(4) Bref de nouvelle dessaisine (73, 1) : *dissaisivit injuste et sine ordine judiciario. Injuste* veut dire *irrégulièrement*, sans intervention de la justice. Cf. Pollock et Maitl., II, 47, n. 4 ; 51. Mais il se peut qu'on ait, dans la suite, raisonné ainsi : on ne dessaisit *injuste* que celui qui est saisi *juste* : il faut donc voir si la saisine du spolié était *justa* ; si elle ne l'est pas, le *verus dominus* a le droit de s'emparer de la chose. Cette interprétation est contraire au *TAC*, 22, 1 : *nullus ausus sit aliquem de aliqua re devestire sine ordine judiciario*. Cf. dr. canonique. — Guilhiermoz. *Enquêtes*, p. 286 (*indebite*).

(5) *Summa*, 95, 10. Delisle, n° 390, a. 1226.

sinae), de quelle manière la possession a été acquise (*modus*), la *Summa* veut qu'on tienne le plus grand compte de ces deux points. Elle refuse l'action possessoire : 1° à celui qui détient pour autrui (1); 2° à celui dont la possession est entachée des vices de violence ou de furtivité, c'est-à-dire acquise par la force ou d'un détenteur infidèle, en l'absence du propriétaire. Le premier n'a pas de droit personnel et doit s'effacer devant celui pour le compte duquel il détient. Le deuxième ne mérite pas d'être protégé : *omnis violenta vel furtiva possessio detestanda* (2). Contre celui qu'il a dépouillé, le possesseur violent ou furtif ne jouit pas, en principe, de la *querela* ; le spolié peut donc reprendre son bien sans courir aucun risque (3). Cependant, il semble qu'au bout de l'an et jour les vices de violence et de furtivité soient purgés, la *Summa* ne le dit point, mais les règles générales qu'elle donne à propos de l'an et jour permettent de le supposer (4). La *querela* échappe donc alors au spolié et passe au spoliateur qui peut l'exercer même contre le *verus dominus*. Même avant l'expiration de l'an et jour, le droit

(1) *TAC.* 78, 3 : *tales non sunt veri possessores, sed rei alienae detentores. Summa*, 93 : *recognoscite utrum Getus ad ultimum Augusti vel post, habuit saisinam illius terrae quam vobis monstravit et* quomodo *eam habuit et* qualem saisinam *et utrum Cato post dictum terminum eum dissaisivit.* Seule la *possessio feodalis* est protégée, et le mot *feodum* dans les anciens documents normands s'applique à la censive et au fief. La *querela* appartient au seigneur, au vassal, au censitaire, non aux fermiers, aux préposés, aux détenteurs à raison d'un bail, d'un prêt, même d'un gage. *Summa*, 95, 10 et 11 ; 98, 7. Glanville, 13, 28. *Fleta*, 4, 3, 1 et 4. A l'inverse, nul ne peut intenter la *querela* contre qui possède pour autrui ; le propriétaire aura contre les possesseurs précaires une autre voie, la *districtio* ou saisie d'un gage. — Droit anglais : la *querela* n'est donnée qu'à raison d'un franc tenement et à celui qui le possède *in dominico* et non comme fermier ou gagiste ; mais Bracton, 7, 1, 36, donne au fermier, à défaut de la *querela*, un *breve ad recuperandam firmam* contre le propriétaire qui le dépouille avant la fin du bail et contre les tiers. Le *villanus* n'a pas la *querela*. Fleta, 4, 3, 1 et 4. Britton, 43.

(2) *Summa*, 95, 11. *Arr. Scacc.*, ap. Warnk., II, 50. *Etabl.*, 91. On ne va pas cependant jusqu'à exiger un titre de la part du possesseur. Il peut tenir le fonds sans violence et sans furtivité, par exemple quand il l'a reçu d'un tiers auquel l'avait transmis le *custos terrae*. La précarité est un vice absolu et ineffaçable ; en est-il de même de la violence et de la furtivité? Ne sont-ce pas des vices relatifs? Cf. Bracton, 4, 1, 18 et 28. — Dans la *querela de antecessoris saisina*, la *recognitio* porte sur le titre de l'héritier, son droit à la succession. *Summa*, 99, 3. Delisle, *Jug. de l'Echiq.*, n°s 189, 204, 724.

(3) *Summa*, 95, 12, 13 (*vi et violentia*). — Cf. Bracton, f° 210b. Inst. Just., 4, 15, 6. Pollock et Maitl., II, 52.

(4) Ed. Tardif, Table, v° *Annus*.

anglais, tout au moins, l'accorde au possesseur violent et furtif à l'encontre des tiers ; le *statu quo* même vicieux est maintenu, dans l'intérêt public, à l'encontre de qui n'a pas de droit supérieur (1). La saisine apparaît donc, dans cette conception, comme un droit relatif, opposable à certains, non opposable à d'autres ; ce même caractère relatif se rencontre dans la propriété anglaise et dans la théorie des *estates*.

13. — **Querelle de mort d'ancesseur** et **Brefs of entry.** — Le droit anglais se complique d'une classe particulière d'actions possessoires, les *writs of entry* (2). La querelle de nouvelle dessaisine suppose que le spoliateur et le spolié sont tous deux en vie ; dès que l'un d'eux est décédé, elle ne peut plus être intentée. Pour remédier à cet inconvénient et ne pas obliger à recourir de suite aux *brevia de recto*, on a imaginé pour les héritiers du spolié la querelle de mort d'ancesseur (qui appartient aussi au droit normand et qui est de peu postérieure en date à la querelle de nouvelle dessaisine) (3) et contre les ayants cause du spoliateur le *writ of entry sur disseisin* (1205). Les brefs *of entry* reposent sur l'injonction de restituer par laquelle débute

(1) Pollock et Maitland, II, 49. Bracton, 4, 1, 27; cf. 2, 5, 2; 2, 18, 2; 2, 25, 1; voy. aussi 4, 1, 1, et 3, 2, 13. Azon, *Sum. in Cod. de acq. poss.*, 7 et 8.

(2) Pollock et Maitland, II, 62; sur le caractère possessoire de ces brefs (qui est discuté), cf. 71. Littleton, 385 et suiv. — Avec le temps, l'assise de nouvelle dessaisine tomba en désuétude, et une variété du *writ of entry*, le *writ in the quibus* la remplaça. Pollock et M., II, 79; 2.

(3) La **Querelle de mort d'ancesseur** (Pollock et M., I, 126) est donnée au plus proche héritier pour réclamer la saisine du *de cujus* au moment de sa mort contre quiconque s'oppose à ce qu'il l'exerce. Glanville, 13, 3. Bracton, f° 253b. L'héritier qui n'est pas entré en possession des biens du *de cujus* ne saurait être dessaisi à proprement parler; il n'a pas la querelle de nouvelle dessaisine; on a créé pour lui la querelle de mort d'ancesseur. Bracton, f° 273. Cette action n'appartint d'abord qu'aux plus proches parents, fils, frères, neveux; telle était la rigueur du droit, qu'il fallut créer des brefs spéciaux pour les parents plus éloignés (*de avo, de consanguinitate*). Ce n'est qu'à partir de 1259 qu'elle entraîna condamnation à des dommages-intérêts. L'*abator* (*ablator*) ne pouvait s'emparer des biens héréditaires avant les funérailles, et Bracton donne à l'héritier, pour les lui reprendre, un délai d'un an. Bracton, f° 160b. Britton, I, 288; II, 2. Le *self help* suffisait donc fréquemment à l'héritier. On lui facilitait la prise de possession (*sola pedis posicio seisinam contulit*), et l'acquisition d'une saisine personnelle. La querelle est donnée contre tout détenteur des biens héréditaires, *abator* primitif ou ses ayants cause; mais elle ne sert pas entre deux prétendants à l'hérédité. Glanville, 13, 11; Bracton, f° 266; Britton, II, 115. Cf. Pollock et M., II, 58. Houard, *Anc. Lois des Franç.*, I, 539.

la procédure pétitoire (*Praecipe quod reddat*); on y pose comme une question préalable au pétitoire : le défendeur ne peut avoir acquis que par tel mode (mode qui ne constitue pas un titre régulier, par exemple il tient le fond d'un spoliateur). Le nombre des *writs of entry* s'accrut jusqu'à Bracton, de manière à assurer complètement la tsansmission active et passive de la protection possessoire, avec cette restriction cependant qu'on ne pouvait pas dépasser la troisième aliénation ; après celle-ci, force était au plaignant de recourir aux *brevia de recto*.

14. — **La clameur de haro** (1) offre un exemple frappant de la transformation d'une procédure criminelle en voie possessoire (2). Ce ne fut, à l'origine, qu'un vieil usage germanique consistant dans un cri d'appel aux voisins poussé par la victime d'un délit, au moment même où celui-ci était commis (3). Quiconque l'entendait devait accourir à son secours et lui prêter main forte (4) ; le malfaiteur, pris en flagrant délit, était jugé ou plutôt lynché par le tribunal improvisé composé des voisins. Avec le temps, les mœurs s'adoucirent, et la mise à mort ne fut autorisée que par exception ; ainsi les lois franques le montrent saisi, lié et amené de suite devant le magistrat pour y être jugé ; on ne le tuait qu'en cas de résistance (5).

(1) Bibl. dans Glasson, *NRH*, 1882, 396. Citons seulement : Tanneguy-Sorin, *De cuiritatione Normannorum quam haro appellant*, 1567. Ragueau, Merlin. Houard, *h. v°*. Guillouard, *Soc. Antiq. de Norm.*, t. XXVIII, 1872. Tiphaigne, *Et. s. la cl. de haro*. 1880. Del Vecchio, *Sul. signif. d. grido : Hare. n. fiere di Siampagna*, 1899 (*Arch. stor. ital.*, V, t. 24).

(2) Etymologie : *hara* = ici (ancien haut allem.). Diez, *h. v°*. Formes : *haro, harou, hare, hareu*. Sur l'étymologie fantaisiste, *ha Rou* (au secours, Rollon), cf. Glasson, 517. Il n'y a aucun rapport entre *haro* et *harahus* (objet consacré) de la loi des Ripuaires, *hraopant* (*corpus, vinculum*) de la loi des Bavarois, *hréam* (cri, cf. *Ruhm*) des lois anglo-saxonnes. — Cf. latin *huc*, d'où *huccus* (*Form. Turon*, 30), *hucher*. L'étymologie de *huz, hue*, est incertaine (*hûz* = *foras?* interjection ?). Du Cange, v° *Huesium*. — Sur les autres cris en usage, cf. Brunner, *DRG*, II, 482.

(3) Ce cri peut être poussé aussi dans d'autres circonstances. A l'entrée de Philippe-Auguste en Normandie, les femmes crient *harou* ; les hérauts en font autant pour faire cesser le tumulte. Les foires de Champagne s'ouvraient par le cri : Hâre!

(4) *L. Franc. Cham.*, 37. *Convent. Silvac*, 853, c. 5 (*Capit.*, II, 272). Cnut, II, 29. Brunner, *op. cit.*, 227. Même obligation dans l'Inde et chez les Slaves. — Cf. ci-dessus, p. 225, t. II. *Summa Norm.*, 54. Les personnes qui accourent au cri de *haro* doivent servir de témoins au besoin.

(5) Autres systèmes, aujourd'hui abandonnés, sur l'origine de la clameur de *haro*. Ils n'ont plus aujourd'hui qu'un intérêt de curiosité. On les trouvera dans Glasson, p. 429 (par exemple création de Rollon que l'on invoque

De même, en droit normand, la procédure du flagrant délit s'ouvre par le cri de *haro* (1). « Celui qui l'a lancé est placé *ipso facto* sous la sauvegarde du duc de Normandie ou du seigneur justicier (2), et quiconque se permettrait de le maltraiter serait coupable d'avoir enfreint cette sauvegarde. Quant au délinquant, le *haro* crié contre lui le fait de plein droit prisonnier du duc (3). » S'il s'enfuit, il peut être poursuivi *à chaude chasse* et ramené au lieu où le *haro* a été crié. Le *haro* n'était permis, d'après le Grand Coutumier de Normandie, que *pour cause criminelle* (feu, larcin, homicide, etc.). « Cil qui crie *haro* sans appert peril le doibt amender au prince (4). » C'est là le *haro de playe et de sang*. Il devint assez rare dès que la police fut mieux assurée. « Le droit donné à chaque particulier de s'ériger en officier public, de contraindre ses voisins à le suivre, à lui prêter main forte, très utile dans une société en voie de formation où la personne et les biens des particuliers courent chaque jour de véritables périls, n'est plus aussi nécessaire dès qu'il existe un pouvoir assez fort pour faire respecter la paix publique, et il peut devenir une source d'abus en mettant la liberté individuelle à la merci du premier venu. » Les sergents chargés de la police « prétendirent peut-être qu'ils devaient seuls avoir le

par les mots *Ha Rou*). Cf. Guillouard, *op. cit.*, et *France judic.*, VI (création des Capitulaires), et surtout Brunner, *loc. cit.* — Le *haro* n'est pas spécial au droit normand. Beaum., 57, 12; 67, 22; 69, 16; 52. 16; 31, 5 et 14. *Jostice*, 19, 44, 14; 47, 7. *TAC. Brel.*, 144 et suiv. Isambert, I, 650. *Ord*, I, 312. Ex. dans *Reg. crim. de Saint-Martin-des-Champs*, p. 115, 141, 187, etc. Sur la procédure du flagrant délit, cf. Glasson, p. 529. Esmein, *Hist. de la procéd. criminelle*, 1880. — *Miroir de Saxe*, 1, 51, 2; 3, 54, 4. *Mir. de Souabe*, 298. — Angleterre, cf. Blackstone, IV, 21.

(1) A Jersey, le plaignant se met à genoux et dit en présence de deux témoins : *haro, haro, haro, à l'aide, mon prince, on me fait tort.* Le propriétaire d'un fonds qui voulait crier *haro* contre la Compagnie des chemins de fer jersiais, eut grand peine, à cause de son embonpoint, à se mettre à genoux pour remplir les formalités légales.

(2) *Summa*, 54 : *habet dux Normannie curiam de clamore illo qui vulgo dicitur harou.* Glasson, p. 407 : depuis la réunion de la Normandie à la France, sous Philippe-Auguste, les seigneurs haut justiciers sont compétents comme le duc.

(3) Le *haro* permettait de traduire les clercs devant les tribunaux séculiers (flagrant délit), seuls autorisés à punir de mort ou de mutilation. Cf. La juridiction ecclésiastique, t. I.

(4) On autorisa non seulement la victime du délit, mais ses parents et même toute personne à crier *haro* : la clameur devint par là une sorte d'action populaire.

droit de procéder aux arrestations en cas de crime, et, en fait, les choses ne se passèrent presque plus jamais autrement. »

La pratique du *haro* persista, au contraire, en matière civile, où elle s'était introduite de très bonne heure (1). Quand un homme « soudainement veut dessaisir et déposséder un autre, » celui-ci ne saurait, à l'heure même, recourir à la justice ; il n'a pas de sergent sous la main pour faire cesser une entreprise qui lui causera peut-être un préjudice irrémédiable ; il crie *haro*, et, par ce seul fait, arrête immédiatement l'entreprise de son adversaire. » En effet, eût-il le bon droit de son côté, par cela seul qu'il n'obéissait pas au *haro*, il encourait une amende et était dans la nécessité de rétablir le *statu quo* : après cela seulement, ses prétentions pouvaient être soumises aux tribunaux. Au cas où il obtempérait à la sommation résultant du *haro* (2), l'affaire était portée sans délai (3) devant la Cour : les deux parties donnaient caution, ou à défaut devaient garder prison (4) ; après quoi le bien était mis sous séquestre (5). La sen-

(1) Pour mieux dire, les matières civiles et pénales se distinguaient mal anciennement. Il y avait délit à troubler quelqu'un dans sa possession aussi bien qu'à s'attaquer à sa personne. — Dans la nouvelle Coutume de Normandie, on recourait le plus possible au ministère d'un sergent ; c'était lui qui criait *haro*. On pouvait y procéder dans un très bref délai, vingt-quatre heures ordinairement. Les femmes, les mineurs et autres incapables pouvaient y recourir.

(2) A la fois obligation de cesser toute entreprise et assignation en justice.

(3) Délai d'un an au seizième siècle pour poursuivre l'adversaire en justice, et la procédure ne devait pas être interrompue plus d'un an.

(4) Les deux parties devaient garder prison, au moyen âge, en matière criminelle, lorsqu'il y avait accusation de partie formée : par là elles se trouvaient dans une situation égale, exposées, l'une à la peine du délit, si elle était reconnue coupable, l'autre au talion, si l'accusation était mal fondée. Ces vieilles formes de procédure se sont conservées tant qu'il n'y a pas eu de ministère public (voy. dans Glasson, p. 424, des exemples tout récents, pour l'Angleterre, d'étrangers emprisonnés pour avoir porté plainte contre un voleur, tandis que le voleur restait en liberté sous caution ; l'absence du ministère public a perpétué dans ce pays les vieux usages). Dès que l'on put se contenter d'une simple dénonciation, l'accusation fut abandonnée, et la victime du délit évita ainsi une incarcération. — Le cautionnement ou la prison sont des usages de l'ancienne procédure, qui se sont maintenus dans la clameur de *haro*, parce qu'on n'a pas voulu que les particuliers pussent abuser de cette voie. Esmein, *Hist. de la procéd. crim.*, 1880.

(5) Cependant, en matière de bénéfices ecclésiastiques (Cout. de Norm., 54, 55), la possession et la jouissance étaient mises aux enchères entre les

tence définitive condamne le perdant à des dommages-intérêts et à une demande arbitraire : ce qui fait que la procédure du *haro* n'est pas sans périls (1). Mais ses avantages l'avaient rendue populaire ; elle assurait à tous une justice prompte et économique. La pratique chercha à l'étendre ; le *haro* put être levé toutes les fois qu'il y avait nécessité *immédiate* de protéger la personne ou les biens contre les voies de fait, par cela seul qu'il y avait péril dans le délai (2). On en abusa même en essayant d'en faire un moyen de chantage (3), et le Parlement dut réagir contre cette tendance. Il est à remarquer que la clameur de *haro* ne servait qu'à conserver la possession ; celui qui l'avait perdue ne pouvait la recouvrer qu'à l'aide du bref de nouvelle dessaisine (4). La clameur de *haro* est encore en usage dans les îles anglo-normandes (5).

15. — **Les actions possessoires dans le droit coutumier français** (6) sont, comme en Normandie, une création de l'autorité publique (7) (*Amtsrecht*) inspirée par l'idée de remédier aux mêmes maux, basée sur les mêmes droits de police et le même

parties pour la durée du procès, parce qu'il aurait fallu faire donner au séquestre l'institution canonique par l'autorité ecclésiastique, ce qui eût été impossible souvent et toujours peu pratique.

(1) D'après la Cout. de Normandie, 54, 55, le *haro* s'applique aussi bien aux meubles qu'aux héritages.

(2) Cf. notre procédure du référé.

(3) Glasson, *op. cit.*, p. 417 (arrêt du 22 janvier 1761). Le *haro* n'était permis contre ceux qui percevaient les droits du roi (Ord. 1680 s. les Aides. Arr. Conseil, 15 mai 1725), mais il était possible, en dehors de ce cas, contre les officiers publics aussi bien que contre les particuliers, au moins en cas d'abus de pouvoir.

(4) Glasson, *op. cit.*, p. 411, 419. Il fallait donc, en ce dernier cas, commencer par assigner son adversaire en justice ; la procédure extrajudiciaire du *haro* était plus simple et plus énergique.

(5) Détails dans Glasson, p. 540 (bibliog. sur le droit qui s'y applique). — En France, ce savant croit que le *haro* rendrait des services en matière civile, car le référé n'arrête pas les entreprises d'autrui, et il ne s'applique pas en matière possessoire ; au criminel, il subsiste la poursuite et l'arrestation par clameur publique.

(6) P. de Font. c. 32. *Olim.*, I, p. 230 ; p. 338. A Tardif, *La procédure aux XIII^e et XIV^e s.*, p. 35. *Ac. lég. Toulouse*, I, 24, 69.

(7) L'origine des actions possessoires n'est ni dans le droit romain (de Parieu, p. 82, etc.), ni dans le droit normand (le droit français s'en rapproche, mais n'est pas identique), ni dans le droit féodal et la division de la propriété (le seigneur gardant la propriété, le tenancier n'ayant que la saisine ; il est certain que les vassaux et censitaires ont des actions pétitoires, les seigneurs des actions possessoires, Beaum., 32, 17).

pouvoir d'*inquisitio* du roi (1). La procédure n'est pas identique, le droit s'est ici développé plus librement, sans s'assujettir à un tel excès de formalisme, mais les principales règles de fonds de la législation normande se retrouvent au treizième siècle dans les coutumes françaises. C'est par voie d'enquête que l'on procède : le bailli auquel la plainte est portée se transporte sur les lieux avec des échevins et autres *viri idonei*, constate le fait de la dessaisine, et, s'il y a lieu, fait ressaisir la victime du méfait (2). La dessaisine, qui est la condition primordiale de l'action possessoire, s'entend de la dépossession et du trouble (3); ou plutôt la dépossession est regardée comme un simple trouble, car en se considérant comme troublée dans sa possession, le dessaisi se trouve conserver les avantages que celle-ci confère (4). Il est indispensable d'agir dans l'année de la dessaisine, sans quoi celle-ci ne serait plus nouvelle (5). Après le fait de la dessaisine récente, l'enquête avait pour objet d'établir si le plaignant était en possession au moment de la *novitas*: cela revenait à se demander s'il avait alors l'exploitation, la jouissance (6). On n'exigeait pas rigoureusement que la possession eût duré un an et un jour (7); mais les vices de précarité (8), de

(1) Aussi les actions possessoires rentrent-elles d'abord dans la catégorie des cas royaux. Ci-contre, p. 259, t. II.

(2) *Olim*, II, 212, 30, Ci-après, Procédure.

(3) *Olim*, I, 930, 19; II, 232, 18 (*perturbatio seu dessaisina*); II, 58, 15 (*dessaisina = impedimentum*); II, 61, 3 (*forcia = dessaisina*), etc. *Ass. de Jérus.*, t. I, p. 585 : dessaisine et force (dans ce dernier cas, on est à la merci du seigneur).

(4) Ci-après, p. 280, t. II.

(5) P. de Font. 14, 4. *Olim*, I, 230, 2 (dans l'an de la mort du *de cujus*); II, 232, 18. Beaum., 32, 9, 25. Dans les Ass. de Jerusalem, au lieu du délai d'un an, on trouve l'ancien délai franc de quarante jours.

(6) Ci-dessus, p. 268, t. II. *Olim*, I, 709, 74; II, 279, 1. — Cf. saisine héréditaire. *Olim*, I, 23, 4; I, 98, 14; II, 864, 29.

(7) *Olim*, I, 231, a. 1266 : pas un an; I, 398, a. 1272 : *fere per annum*. L'Ord. de Philippe-Auguste sur les croisés, art. 11, a fait croire à Laurière que la complainte basée sur la possession annale existait dès le commencement du treizième siècle. Il est probable qu'il s'agit de la tenure annale dont il sera question plus loin; en effet, le procès visé dans l'article 11 est porté *coram dominis feodorum et censivarum*, et non devant le roi.

(8) Cf. ci-dessus, p. 262, t. II. Le seigneur a l'action possessoire quand les serfs sont troublés. Faber, *Inst. de int. rel.*, p. 6. Masuer, 11, 22. Beaumanoir refuse l'action possessoire au tenancier contre le seigneur, 32, 8, mais la donne au fermier contre le bailleur, 32, 13 (id., *Gr. C. de Fr.*, p. 248), parce que le simple bail ne suppose pas de rapports féodaux. Sur la règle

violence et de clandestinité (1) excluaient l'action possessoire. Cependant, sur ce dernier point, il y a à faire une réserve. Une action que Beaumanoir qualifie *de nouvelle dessaisine*, qu'il aurait pu appeler action *spolii* ou réintégrande, était accordée même à celui qui n'avait qu'une saisine mauvaise, de courte durée; il doit être, dit ce jurisconsulte, *ressaissi avant toute œuvre*, sauf à permettre à son adversaire, s'il a la possession annale, de lui reprendre la chose par une complainte (2).

16. — **Beaumanoir** parle à plusieurs reprises d'une ordonnance royale qui, en matière de dessaisine, aurait établi une *nouvelle voie de justicier*. On ne sait trop à quel acte royal il fait allusion par là (3). Quel qu'il soit, il ne paraît pas avoir modifié la théorie possessoire, car les explications de ce jurisconsulte s'accordent avec les décisions contenues dans les Olim; cependant, tandis que les Olim sont peu précis à ce sujet, il exige la possession d'an et jour d'une façon nette (4); en outre, il

que le sujet n'a pas la complainte contre son seigneur, cf. Masuer, 11, 16, 68. Le roi ne plaide jamais dessaisi. Loysel, 759, 878.

(1) Ci-contre, p. 261, t. II.

(2) Beaum., 32, 23 (cf. 15) : *de quelque chose je sois en saisine et quel saisine que ce soit, soit bonne ou mauvese, et de quelque tans que ce soit, soit grans ou petis, qui m'oste de cele saisine sans jugement ou sans justice, je doi estre resaisis avant toute œuvre se je le requier.* La réintégrade sert ainsi de préalable à la complainte (Ex. : A dessaisit B qui, à son tour, le dépossède ; A obtient d'être ressaisi par B; puis B, qui a la possession annale, reprend la chose par la complainte). Bruns, p. 361. Cf. Alauzet, p. 155. De Parieu, p. 115. Heusler, II, 65. — Cf. *Olim*, I, 316, n° 3. *Et. de saint Louis*, I, 96. Sur l'*exceptio spolii*, cf. P. de Font, p. 271, ci-après, p. 280, n. 3.

(3) Ordonnance perdue. Ce n'est ni l'Ord. qui abolit le duel judiciaire pour lui substituer l'enquête, ni l'Arr. de Règl., 7 janv. 1278, donnant compétence aux baillis, de préférence au Parlement, à cause du caractère urgent des cas possessoires (Viollet, *Et. de saint Louis*, I, 340). *Ord.*, II, 542. Langlois, *Philippe III*, 231. D'après ce dernier, l'ord. perdue s'occupait : A° des nouvelles dessaisines; *a*) procédure, délais d'ajournements (15 jours pour les gentilshommes, 1 jour pour les roturiers; pas de contremand, mais un jour de vue); *b*) maintien de celui qui a la dernière paisible saisine d'an et jour; *c*) amende de 60 sous pour le perdant; *d*) qui échoue en réclamant la saisine doit agir dans l'an et jour au pétitoire sous peine de perdre tout droit sur le bien (sur ce dernier point, cf. cep. Champeaux, p. 426 et ci-après); B° des *contre-engagements* (Beaum., 32, 28; cf. *Olim*, II, 178, n^os 23, 24) qu'elle interdisait (le gentilhomme à qui on enlevait une chose ne se bornait pas à la reprendre au spoliateur; il lui enlevait tout ce qu'il pouvait).

(4) Cf. note 7 *sup.* Beaum., 32, 2, 3, 7 (possession paisible d'an et jour avant la *dejectio*). Le délai d'an et jour n'est-il que la réglementation abstraite du terme concret adopté par le droit normand (dessaisine ordinai-

semble qu'il admette trois actions possessoires au lieu d'une : les *claims* (*clamor*) ou complaintes de force, de nouvelle dessaisine et de nouveau trouble : mais ces *claims* sont soumis à la même procédure, donnés dans les mêmes conditions; il n'y a entre eux que des différences de formules; l'innovation, s'il y en a une, est tout à fait superficielle (1).

17. — **Quatorzième et quinzième siècles** (2). Les actions possessoires se classent de la manière suivante, en se rapprochant par degrés de l'action pétitoire : 1° réintégrande : 2° complainte en cas de saisine et nouvelleté (*casus novitatis*) : 3° Action de simple saisine (3). Cette dernière seule constitue une innovation. A tous autres égards, il y a eu plutôt règlementation ou développement de règles déjà existantes. — **Réintégrande** (4). Le possesseur qui est troublé ou spolié est toujours autorisé à repousser la force par la force; mais il doit agir *in continenti*; une fois dépossédé d'une manière définitive, il lui est interdit de se remettre en possession par la violence (5). On lui accorde, du moins, à l'imitation du droit romano-canonique, une action en restitution, la *réintégrande* (6). Comme elle est

rement au mois d'août, c'est-à-dire lors de la récolte; on recherche qui a fait la récolte au mois d'août précédent; c'est à peu près exiger un an de possession)? *Accessio possessionum. Gr. Cout. de Fr.*, p. 231, 505, 748. Loysel, 749. Arr. du Parl. de 1373 cité par H. de Pansey, *Compét. des juges de paix*, ch. 41. Cf. de Parieu, p. 116. Heusler, p. 407. Cout. d'Anjou de 1411, art. 292 (Beautemps-Beaupré, I, 566).

(1) La distinction est faite dans l'Arr. de règl. de 1278. Cf. *Et. de saint Louis*, I, 69. J. d'Ibelin, 64, oppose la force à la dessaisine. Cout. de Touraine et d'Anjou : en cas de dessaisine ou de force, il y a lieu à la procédure des applégements et contre-applégements; en cas de simple trouble, il y a mise de la chose litigieuse sous séquestre pour empêcher les voies de fait sans besoin de plège. Ragueau, *Gloss.*, v° *Applégement*. Mais la procédure d'applégements disparut de bonne heure du droit commun coutumier. Ci-après, p. 280, t. II.

(2) A. Tardif, *La procédure aux XIII^e^ et XIV^e^ s*, p. 35. H. de Pansey, *Compét. des juges de paix*, c. 31 et suiv. Guénois, *Conférences des Coutumes*, Table, v° *Complainte*, etc. Rebuffe, *Tr. de mat. possess.*

(3) Sur le rôle respectif de ces actions, cf. Viollet, p. 584.

(4) *Réintégrande*, c'est-à-dire action basée sur le canon *Redintegranda* (ci-dessus, p. 253, t. II); mot qui n'apparaît pas avant le quatorzième siècle. Cf. Godefroy, *h. v°*. Sous le nom d'action *spolii*, elle est admise en Italie, en Allemagne, où on discute pour savoir si elle appartient au détenteur (Cod. Maxim. Bav., II, 5, 11. Land. pruss., I, 7, 146), si elle est donnée contre le tiers acquéreur. *Et. de saint Louis*, I, 65; II, 7. *TAC. Bret.*, 259. Ragueau, *Gloss.*, *h. v°*.

(5) Beaum., 32, 26. P. de Font, p. 264.

(6) Charte de Roye, 1183 (*Ord.*, XI, 229. *Et. de saint Louis*, II, 7 : nuns

destinée à réprimer les voies de fait, elle est donnée à tout possesseur, même au voleur (sauf à le pendre ensuite) (1). Par cela seul qu'on a été dessaisi, on y a droit. Nulle autre condition n'est requise (2). Mais rien n'empêche que le vaincu sur la réintégrande ne reprenne la chose au moyen de la complainte; cela arrive assez souvent pour qu'on puisse envisager la réintégrande comme une procédure préalable à la complainte: elle est à celle-ci ce que la complainte est à l'action pétitoire (3). Les romanistes la qualifient d'Interdit *recuperandae poss. c.* tandis que la complainte serait l'Interdit *retinendae poss. c.* (4):

ne doit plaidier en nule cort despoilliés, mais il doit demander saisine avant tote evre. . et n'est mie tenuz de respondre despoillies. Cf. P. de Font. Ci-contre, p. 280. n. 3, t. II. Artois, 8, 1. Ord. 1254. 26. P. de Font, p. 264. Elle n'occupe pas une grande place dans les coutumes (peut-être parce que le spolié préfère ne pas se dire dessaisi) *Gr. C.*, p. 239 (rétablissement avant toute œuvre). Beaum., 32, 23. Cf. emploi de la sauvegarde. Masuer, 11, 5. Gui Pape, *q.* 56, 418.

(1) Beaum., *loc. cit.* Le fermier en jouit contre le bailleur qui l'expulse. Mais nous ne pensons pas qu'on pût en dire autant du détenteur *alieno nomine* en règle générale. Le fermier est dans une situation particulière, comme le gagiste ; on comprend que dans une époque de violences la nécessité de le protéger par une action ait été manifeste. Masuer, XI, 49. Au contraire, le simple préposé, l'ouvrier à gages, etc., qui détiennent une chose pour nous, sont désarmés si nous la leur reprenons. — Sous cette réserve, tout détenteur ou possesseur a droit à la réintégrande, qu'il soit de bonne ou de mauvaise foi, que sa possession ait duré peu ou beaucoup; et il peut l'opposer même au véritable propriétaire. Atteignait-elle le tiers acquéreur, ou seulement le spoliateur? Le droit canon en avait fait une action réelle. Cujas (cité par Ragueau) ne se prononce pas sur ce point. La réintégrande s'appliquait aux meubles comme aux immeubles, les jurisconsultes du treizième siècle interprétant la l. 14, D., *unde vi*, comme si elle avait parlé des meubles en général et non des simples accessoires d'un fonds. Cf. ci-contre, p. 236, 254, t. II.

(2) Faut-il avoir été dessaisi par force pour avoir droit à la réintégrande? Ou bien suffit-il qu'il y ait eu dessaisissement? Et par là faut-il entendre une dépossession complète ou un simple trouble? = Voir ci-après, p. suiv., n. 1. Cujas : *vi aut alio modo, dolo, metu* etc., *quolibet modo perperam invasa, erepta, inturbata, inquietata possessio*. Cf. Interdit *momentariae possessionis*. Cujas l'appelle réintégrande. *Obs.*, 19. 16. — Pasquier, *Inst.*, 4, 8, la distingue, au contraire, de la complainte en ce qu'elle suppose la force.

(3) Beaum., *loc. cit. Olim.*, I, 316, 3. On résout dans la réintégrande une question préalable au possessoire proprement dit : on détermine qui sera défendeur dans le procès possessoire. Aussi a-t-on comparé cette action au *Summariissimum* italien. Cf. *Gloss.* de Ragueau II. de Pansey, *Compét.*, ch. 50 et 52.

(4) Bucherellus, *s. les Inst.*, 4, 15. Ord. de Charles VIII, 1498, art. 49 et 58; de François Ier, 1539, art. 61 et suiv.; Imbert, *Pratique*, I, 17; *Inst. for.*, 17. Masuer, XI, 26. De Parieu, p. 133.

ce n'est pas tout à fait exact, puisque la complainte sert à la fois à recouvrer et à garder la possession. Au fond, elle est moins une action possessoire qu'une action pénale dirigée contre le spoliateur (1) et ayant, comme d'ordinaire les actions pénales, une durée brève, l'an et jour (2).

18. — La **Complainte en cas de saisine et nouvelleté** (3) se substitue (4) à la *clamor dissaisinae* (ou aux trois claims de dessaisine, de force et de trouble, à supposer que cette distinction fut entrée dans la pratique) (5). Elle appartient à celui qui a pos-

(1) L'Ord. de 1667, t. 18, en traitant en même temps de la complainte et de la réintégrande, donnait à entendre qu'elles se confondaient. C'est ce que dit Ferrière, v° *Réintégrande* : « la réintégrande n'est point distinguée de la complainte ; mais elle est comprise sous icelle dans le cas où il y a eu spoliation et non pas simple trouble... (Le demandeur) conclut à ce qu'il soit rétabli et réintégré dans sa possession. » Il exige la possession annale, paisible, etc., chez le demandeur (En sens contr., H. de Pansey). De la doctrine enseignée par Ferrière, il résulte que de son temps on n'avait plus l'idée de la réintégrande et qu'elle n'était plus en usage. Cf. Bourjon, t. II, p. 512. Merlin, *Rép.*, v° *Complainte*. On disait que la réintégrande, c'est-à-dire la réintégration, pouvait être poursuivie par la voie civile (complainte) ou par l'action extraordinaire (voie criminelle); quand on avait choisi la voie civile, il n'était plus permis de procéder au criminel. Ord. 1667, 18, 2. — Pothier, n° 84 (cf. 124), est aussi catégorique que Ferrière. Cf. cep. Argou, t. I, p. 242. Pasquier, *Inst.* 4, 8. — Cf. Code civ., 2060 (contrainte par corps en cas de réintégrande). L. 25 mai 1838, art. 6.

(2) De là résulterait aussi la conséquence que la réintégrande est une action personnelle, tandis que la complainte est réelle. Cf. ci-après. La question de savoir quelle est la nature de la réintégrande est encore discutée, et l'on se demande si elle n'est pas soumise aux mêmes conditions que la complainte. Garsonnet, t. I, p. 592.

(3) Nos anciens auteurs distinguaient la complainte en matière de bénéfices ecclésiastiques, qui avait ses règles particulières (ci-dessus, p. 273, t. II) et la complainte en matière profane. Guyot, *Rép.*, *h. v°*.

(4) Le *Gr. Cout.*, p. 253 (*Messire Symon de Bucy qui premièrement trouva et mist sus les cas de nouvelleté*), paraît attribuer cette simplification à Simon de Bucy, président au Parlement de Paris, † 1358; il aurait imaginé le cas de nouvelleté, c'est-à-dire écarté la mention de la dessaisine, comme on le verra plus loin. Mais la modification est antérieure à ce personnage (arg. *Stil. Parl.*, qui traite déjà du *casus noritatis*). Cf. Laurière, *Tén. de 5 ans*, p. 82. *Cout. de Paris*, I, 257 (éd. 1777) (S. de Bucy fit regarder la force et dessaisine comme nouvelletés et nouveaux troubles; à partir de ce moment, il n'y eut plus en France que la complainte en cas de saisine et nouvelleté). Paris, 96.

(5) Touraine (I, 23, A. C.); Poitou, 385; Anjou, 168; Maine, 188; Bretagne, 27 : la complainte s'appelle procédure d'applégement et de contre-applégement. Glasson, *NRH*, 1890, 617. Mortet, *Gr. Encycl.*, *h. v°*. Ragueau, *Glos.*, *h. v°* (le complaignant donne caution ou *plège* de dédommager son adversaire, si la complainte est mal intentée; on suppose qu'il se reconnaît des-

sédé paisiblement, publiquement et en son nom pendant l'an et jour (1) avant le trouble ou la dépossession (2); dans ce dernier cas, il est censé n'avoir pas cessé de posséder; aussi doit-il se garder de dire qu'il est dessaisi; ce serait une contradiction dans les termes (3). L'action ne peut être intentée que dans l'an et le jour après le trouble (4). Du reste, la doctrine des jurisconsultes du quatorzième et du quinzième siècle est assez mêlée de droit romain; pour eux, la complainte est l'interdit *uti possidetis* (5) (donc elle est inapplicable aux meubles) (6), c'est une

saisi ou que c'est un héritier n'ayant pas encore pris possession). Cette voie de droit s'appliquait aux meubles comme aux immeubles. Sans le plégement, la chose n'était pas mise sous séquestre : ce qui constituait une différence avec le cas de dessaisine. Dans le droit commun, cette différence disparut. Cf. p. 277, 1; 282, t. II.

(1) *Stil. Parl.*, 18, 11 et 22. *Cout. not.*, 181. *Const. du Chât*, 53, Loysel, 768. Anbert, p. 193. Jonction des possessions. Loysel, 745. Le nom de saisine est réservé à la possession d'an et jour : de là l'expression *complainte en cas de saisine*. *Gr. Cout.*, p. 232. Cf. *Arrest. querel. de nov. dissais.*, 1496.

(2) Masuer, XI, 5, 26 : celui qui craint d'être troublé peut obtenir du juge *sauvegarde*, c'est-à-dire des défenses à toute personne de le troubler ou empêcher sous certaine peine (Interdit de simple ban). La sauvegarde est accordée au simple locataire ou colon partiaire (XI, 49). — La simple menace ne suffit pas pour permettre la complainte. *Gr. C.*, p. 238.

(3) Celui qui avoue qu'il n'a plus la saisine est pris au mot; il se trouve réduit à l'action pétitoire. Au contraire en se disant toujours possesseur, malgré la *déjectio*, il conserve le droit d'agir au possessoire. P. de Font, 21, 50. *Et. de saint Louis*, 2, 7. Anc. Us. d'Anjou, § 90, 107. *L. d. droiz*, 47, 74, 88, etc. Beaum., 44, 51. J. Faber, *ad Inst.*, *de int.*, § *retin*, n° 13 (*te ipsum excluderes*). *Stil. Parl.*, 1, 18, 3. *Gr. C.* p. 247 (chaque partie doit se dire saisie), 250. Loysel, 750. — P. de Fontaines remarque l'opposition qu'il y a entre cette règle et la maxime courante : *en ne doit mie pleider desseisiz*, traduction vulgaire de l'*exceptio spolii* du droit canon. La pratique trouva avantage à écarter celle-ci. On s'explique que l'on ne parle plus, dès lors, de complainte de *dessaisine*. Tardif. p. 38, croit que l'on a emprunté au droit romain l'idée que la possession se conserve *animo*.

(4) Desmares, 84. Après ce délai, le roi peut cependant accorder des lettres de relief. *Gr. Cout.*, p. 238. 40 jours d'après les Ass. de Jérusalem. Cf. sur les cas d'absence, de minorité, *Summa Norm.*, 2, 30, 34.

(5) *Gr. Cout.*, p. 232. *Et. de saint Louis*, éd. Viollet, III, 369; cf. I, 112, 338. Interdit *retinendae poss. c.*, c'est une action basée sur un simple trouble, tandis que la réintégrande supposerait une dépossession complète. Opinion aussi peu exacte que celle de Pasquier : complainte pour la dépossession sans violence et réintégrande pour la dépossession par force. En sens contraire, cf *Et. de saint Louis*, I, 69, Beaum., c. 32. Beautemps-Beaupré, I, 274.

(6) *Gr. Cout.*, p. 239. Masuer, XI, 15. Cf. Beaum., 32, 15; 38, 2. *Olim.*, I, 489, 4. Paris, 97. — Loysel, 754, 755, 756 (succession universelle de meubles, etc., chéent en complainte). Cf. ci-dessus, p. 237, t. II. Ord. 1667, 18, 1.

action double (1), elle suppose qu'on n'a pas pris la possession par force, clandestinement ou par prière; elle est refusée au fermier parce qu'il n'a pas de *jus in re*, mais un *jus ad rem*. De ces formules romaines la pratique tira les règles suivantes. La saisine est refusée au détenteur *alieno nomine* et au fermier lui-même (2); mais il n'est pas besoin de juste titre pour l'avoir (3); la complainte est donnée non seulement contre le spoliateur, mais contre tout détenteur de bonne ou de mauvaise foi, en d'autres termes, l'action est réelle (4). Cette transformation de la *clamor dissaisinae* en une action réelle, contrairement aux précédents romains, s'explique par le fait qu'elle reposait sur la possession annale non vicieuse (5); c'est une propriété au petit pied; elle est réputée juste de soi, dit le Grand Coutumier de France.

19. — La **procédure de la complainte** (6) débuta longtemps par l'obtention de lettres royaux (analogues au bref normand) (7);

Sur l'adveu, Bout, I, 31. Imbert, *Prat.*, I, 17. La complainte s'applique aux choses incorporelles. Masuer, 11, 18. — Garsonnet, I, 572. Heusler, *Gew.*, p. 278.

(1) *Gr. Coul.*, p. 247. *Stil. Parl.*, 18, 3, 8. Chacun se dit troublé.

(2) *Gr. C.*, p. 231, 232, 248, 256; cf. p. 195. *Stil. Parl.*, 18, 23, 24. Loysel, 749, Pasquier, *Inst.*, p. 768.

(3) *Gr. C*, p. 232.

(4) *Gr. C.*, p. 494 : toutes actions réelles sont sur nouvel trouble de saisine ou sur vieux empêchements (allusion à l'action de simple saisine), ou elles sont propriétaires. Bout., 2. 27, Pasquier, *Inst.*, p. 768, Cf. cep., en sens contr., Pothier, *Int. à la C. d'Orléans*, n° 118 (actions personnelles nées d'un délit).

(5) Ci-dessus, p. 261, t. II. Cf. cep. *Stil. Parl.*, 18, 23 : *reus dicat : non potes dicere te saisitum quia me de possessione per violentiam dejecisti.* Il semble résulter de là que la violence était un vice relatif. Ce n'est pas non plus un vice perpétuel, pas plus que la clandestinité : la possession paisible et publique d'un an, quelle que soit son origine, donne droit à la complainte.

(6) Formules. *Gr. Coul.*, p. 495, 505, 513. *L. des droiz*, 739, 742. Bout., I, 40 et 77. Paris, I, 256, 268. Warnkœnig, II, 319. Varin, *Arch. lég. de Reims*, I, 794. — Sur la procédure, cf. *Stil. Parl.*, 18 Ord. 1347 (II, 266). Isamberg, IV, 689, 535. Auber, *Hist. du Parl. de Paris, 1250-1515*, 1894, t. II, p. 192.

(7) Sur cette procédure, cf. Schwalbach, p. 134. La procédure au Parlement de Flandre conservait encore, en 1789, beaucoup de traits du vieux droit. Guyot *h. v°*. Lettres royaux délivrées en Parlement et portant injonction au bailli de remettre les choses en l'état ou, en cas de résistance, de se saisir de l'affaire. Un sergent était commis par le bailli à l'effet d'appeler les parties sur les lieux, *ad reulam*, pour la vue du bien litigieux (descente du juge, descente sur les lieux). Opposition du défendeur. Le bien était ensuite mis sous séquestre. *Gr. C.*, p. 235, 240. Au premier défaut on perd la cause de nouvelleté. — Cette procédure tomba en désuétude; au

elle était sommaire (pas de délais d'avis, de vue, de conseil, etc.) (1), au moins par rapport à l'action pétitoire, mais peu à peu elle s'encombra d'incidents (Ord. 1347 : *lites maxime breves efficiuntur immortales*). Le bien litigieux était d'abord mis *en main souveraine* (*ad manum regis positum*, sous séquestre) afin d'empêcher les parties d'en venir aux mains et d'éviter de la part du défendeur des actes préjudiciables au demandeur qui obtenait gain de cause (2). Les juges avaient cependant la faculté de confier (*recredentia*, recréance) le bien à l'une des parties moyennant caution (3). Peu à peu il s'établit une jurisprudence ferme, des règles précises sur le cas où la **recréance** devait être accordée ou refusée (4); ainsi, elle était adjugée

lieu de recourir à la voie de complainte, on procéda par simple ajournement. *Gr. C. de Fr.*, p. 235 ; deux voies, complainte et simple ajournement (comparaison). Masuer, 1, 34 (id., 1600); 11, 47. Cf. Laur. s. Loysel, 739. Imbert, *Inst. for.*, I. — C'est sans doute l'emploi de la complainte qui entraînait le payement d'une amende. Loysel, 753 (et les cit.).

(1) Pour aller plus vite, et non pas de crainte que l'an et jour accordés pour agir ne soient expirés. *Stil. Parl.*, 10, 3 et 4; 18, 18. *Gr. Cout.*, p. 235. Bout., p. 195. *Stil. Parl.*, 18, 20; 12, 19 et 30. Le défendeur *plaide à toutes fins*, c'est-à-dire propose toutes ses exceptions à la fois. Masuer, XI, 37. Le *Style des Req. du Palais*, ch. 14, expose cette procédure : un seul avertissement dans la huitaine après appointement en faits contraires, huit jours pour entendre les témoins et prononcer la recréance, huit jours pour accorder et discorder les faits, etc. La rapidité de la marche de la procédure est toute relative : ses longueurs expliquent l'importance de la recréance. D'un autre côté, elle ne va pas sans quelque formalisme : si on se dit dessaisi, on renonce à la complainte; si on se dit seulement empêché dans sa saisine, le défendeur peut ne pas répondre. *Gr. Cout.*, p. 245, 247. *Stil. Parl.*, 18, 3 et 17, 27. Desmares, 300.

(2) Déjà dans le droit normand. *Gr. C. de Fr.*, p. 240 : *ne parles veniant ad arma*. Laur. s. Loysel, 768, 769 Masuer, XI, 17. Fontanon s. Masuer, éd. 1600, p. 204, constate que l'usage du séquestre au début de la procédure est abrogé; il ne peut plus avoir lieu qu'en connaissance de cause.

(3) Demande *ut manus regis amoveatur* laissée à l'arbitraire du juge, au début. *Et. de saint Louis.*, II, 5 et 6. *Cout. not.*, 123. Desmares, 3:. *Olim*, I, 255, 11. Ragueau, *Gloss.*, v° *Recréance* (et cit.). *Stil. Parl.*, 18, 7-9 (la recréance est accordée au demandeur si le défendeur ne donne pas de raisons plausibles de son opposition; au cas contraire, la chose reste sous séquestre). *Parl. au B.*, p. 168. — Cf. *Gr. C. de Fr.*, p. 233.

(4) A la suite d'une enquête rapide, audition de quelques témoins, examen des pièces (Bout., p. 195. Masuer, XI, 30. Ord. avril 1454, 70-75; 1493, 58), la recréance était accordée par arrêt du Parlement, avec obligation de fournir caution de rendre les fruits (quelquefois dispense). Loysel, 767 : si le recréancier perd la maintenue, il doit rendre et rétablir les fruits Masuer, XI, 32. Ord. 1667, 15, 14. Bout., p. 198. Papon, 8, 11. Si la bonne foi des juges avait été surprise, la recréance pouvait être annulée.

à qui invoquait le droit commun et non un privilège, à qui présentait un titre écrit, etc. (1). Dès le début du procès, il n'était pas rare que le demandeur recouvrât ainsi, à titre provisoire, la possession qu'il avait perdue. Le procès possessoire se dédoubla (2) : 1° en **recréance**, phase préalable, réellement brève et sommaire (3), qui acquit par là une importance particulière et passa presque au rang d'une action ; 2° en pleine **maintenue** (4) ou sentence définitive à laquelle on n'arrivait pas toujours (5).

(1) *Stil. Parl*, 18, 11. Bout., p. 193. *Gr. Cout.*, p. 250, 251. Desmares, 32. Masuer, t. 9. On la refuse si elle doit causer un mal irréparable, si le roi est partie au procès (Loysel, 768), si la juridiction est en litige. Loysel, 766. Schwalbach, p. 140.

(2) Sans qu'il y ait cependant deux instances séparées. Ord. 1539, 59. Bout., p. 199 (éd. 1603).

(3) Sorte de *Summariissimum* établi par réaction contre les lenteurs de la procédure. Cf. réintégrande où le demandeur argumente de la spoliation, tandis que dans la recréance il se prétend possesseur et argumente de sa possession probable. Sur la question de savoir si la récréance et le séquestre sont de simples mesures d'instruction ou de vraies actions possessoires. L. 25 mai 1838, art. 6, 1°.

(4) *Manutenuta*. Loysel, 767. Au seizième siècle, on dit qu'il y a trois chefs dans la complainte : 1° le séquestre, qu'on doit demander avant la contestation en cause, si l'on craint que la partie adverse ne veuille enlever les fruits; 2° la recréance qu'on requiert pendant le procès; 3° le plain possessoire ou la plaine maintenue. Imbert, *Inst. for.*, c. 17. La possession triennale empêche le séquestre ou la recréance.

(5) Une déformation de ce genre se produisit dans la pratique italienne : la glose (s. l. 37, D., *de jud.*, 5, 1 ; arg. l. 8 *pr.*, *de dol. exc.*) admit l'*exceptio dominii* en matière possessoire ; on se préoccupa du titre auquel les parties possédaient ; dès lors, la durée du procès possessoire s'accrut, et il fallut distinguer : 1° le **Summariissimum**, instance aboutissant très vite à une décision provisoire à la suite d'un examen sommaire de l'affaire; on l'emploie, quand il y a *periculum* ou *timor armorum*, dans le but de prévenir les violences; elle est accordée à tout possesseur, et il dépend du juge d'en faire bénéficier même un simple détenteur (XV^e^ s., Paul de Castro). Le *Summariissimum* se propage en Allemagne, en Espagne. La *recréance* en tient lieu en France. Il a eu la même origine; il est issu des mesures d'ordre prises forcément par la justice au début du procès possessoire, *Stat. Romae*, 1580, I, 92. P. de Castro, *Consilia*, II, 3. — 2° Le **Summarium** (*possessorium*) : c'est la procédure possessoire ordinaire, l'interdit *uti possidetis*; on l'appelle ainsi parce qu'il a toujours été entendu que la procédure possessoire devait être sommaire. — 3° L'**ordinarium** ou **plenarium** (*possessorium*) : voie intermédiaire entre le possessoire et le pétitoire, on l'a tirée du c. 9, **X,** *de prob.*, 2, 19 (Innocent III, 1207), où une longue possession basée sur des titres est préférée à une possession suspecte; il correspond à l'action de simple saisine du droit français. Détails dans Bruns, *Besitz*, 232, etc. ; *Besitzklagen*, 1874 ; *Jahrb. d.*

20. — Le délai d'**an et jour** (1) se représente souvent en matière possessoire ; il est nécessaire d'y insister. On en trouve jusqu'à quatre applications : 1° Tenure annale des statuts municipaux du douzième siècle emportant, à ce qu'il semble, acquisition de la propriété (2) : 2° Possession annale *avant* le trouble ou la dessaisine, condition d'exercice de la complainte (3) ; 3° Délai d'an et jour *après* le trouble ou la dessaisine, autre condition de la complainte (4) ; 4° Délai d'an et jour à dater du jugement sur la complainte pendant lequel il faut exercer l'action pétitoire sous peine de déchéance (5). — Ces deux derniers délais sont des délais de procédure établis par mesure d'ordre, pour ne pas laisser trop longtemps les particuliers sous le coup d'un litige auquel l'intéressé ne songe plus ou qu'il ne retarde que par esprit de chicane. Peut-être doivent-ils leur origine à ce que, dans les interdits romains, on devait agir dans l'année du trouble ou de la *dejectio* ; peut-être ne sont-ils qu'une application du délai coutumier d'an et jour (6). — La possession annale requise de celui qui intente la complainte est une possession plus sûre, mieux établie, plus respectable par le seul fait de sa durée que la possession de quelques jours (7). Elle dérive

g. R., IV, 1. Briegleb, *Einl. in d. Theorie d. summ. Proc.*, 1859. Pertile, IV, 177. Salvioli, § 243. Savigny, § 51, retrouve le *Summariissimum* dans Guil. Durand, *Spec.*, 4, 1, 9, 22. Il constate qu'en Allemagne, à la fin du dix-huitième siècle, cette procédure très sommaire était fort longue ; il fut jugé dans un procès où le *summar.* avait duré douze ans, et l'on ne prévoyait pas le terme des difficultés ; à ce compte, l'*ordinarium* pouvait facilement durer cinquante ans, et le *petitorium* un siècle.

(1) Le jour supplémentaire, qui n'était exigé qu'afin de mieux marquer l'achèvement du délai, a disparu du droit actuel. Cf. *Summa Norm.*, éd. Tardif, Table, v^is^ *Annus*, *Dies*.

(2) Ci-dessus, p. 264, t. II et ci-après.

(3) Ci-dessus, p. 264, t. II.

(4) Ci-dessus, p. 280, t. II. *Gr. C.*, p. 237, 238. D'après les Ass. de Jérus., J. d'Ibelin, c. 64, passé quarante jours, on n'est pas dessaisi de nouveau.

(5) C. p. 286, n. 1, t. II. P. de Font, p. 232, 289. Règle disparue au quinzième siècle. Cf. *Gr. Cout.*, p. 256 (appliquée encore). Cf *Rechte Gewere* allemande.

(6) Cf. Champeaux, p. 436.

(7) D'Espinay, p. 119. De Parieu, p. 116 (cf. p. 264, 265, 257, n. 8, t. II). On a voulu l'expliquer par la règle qu'il fallait agir au possessoire dans l'an et jour ; tant qu'on n'avait pas la possession annale, on était donc exposé à la complainte ; dès qu'on n'y était plus exposé, on acquérait le droit de l'exercer. Les règles 2° et 3° au texte ne seraient, au fond, qu'une règle unique envisagée du côté positif ou du côté négatif. — Avec ce système, on ne comprend pas pourquoi quelqu'un qui a possédé moins d'un an, six

sans doute des mêmes besoins auxquels la tenure d'an et jour, avec son effet prescriptif, devait répondre; elle doit se rattacher aux mêmes vieilles idées coutumières, puisqu'elle n'en est qu'une réduction (1).

21. — **Action de simple saisine** (sans qu'il y ait nouvelleté) (2). — Par là on entendait une action possessoire donnée à celui qui avait (ou aurait) échoué sur la complainte faute d'avoir la dernière possession annale, mais qui pouvait se prévaloir d'une longue possession antérieure (3). Le possesseur décennal (4) l'emportait au moyen de cette action sur celui qui avait possédé pendant l'an et jour à condition d'agir dans les

mois par exemple, n'a pas d'action contre un possesseur d'un, de deux mois. Il risque, dira-t-on, d'être actionné lui-même par un tiers qui peut invoquer la possession annale. Mais qu'importent ses rapports avec les tiers? Peut-être, d'ailleurs, n'y a-t-il aucun tiers qui puisse invoquer la possession annale. Il n'est jamais venu à l'idée des Romains de dire que, si le *dejectus* n'a pas agi *de vi* dans l'année, le *dejiciens* aura, par le fait même, droit à l'interdit. Les Assises de Jérus., qui donnent quarante jours pour intenter l'action possessoire, n'exigent pas que la possession ait duré pendant ce temps.

(1) La tenure d'an et jour a précédé la procédure possessoire; l'une vient de la coutume populaire, l'autre est une création de l'autorité publique. Elles ont coexisté, mais ce n'est pas une raison pour que le délai coutumier n'ait pas influé sur la réglementation des actions possessoires; contre cette influence, on ne saurait non plus invoquer comme argument décisif le fait que les Ass. de Jérus. n'exigent pas une possession d'un an en matière de complainte, tout en admettant la tenure annale. Ord. de Philippe-Auguste pour les croisés, art. 11. De Parieu, p. 118. — Dans les *Olim*, la tenure d'an et jour, avec acquisition de la propriété, est qualifié de *specialis consuetudo terrae*, II, 339, 10; 748, 22; III, 556, 52. A. Thierry, *Doc. inéd.*, IV, 716. Charte de Saint-Valery, s. Somme, art. 21 (a. 1376). Elle a été éliminée par le système des longues prescriptions romaines. — Heusler, *Gew.*, p. 407 et suiv., voit dans le délai d'an et jour en matière de possession une formule abstraite correspondant au dernier août du droit normand.

(2) *Gr. Cout.*, p. 494 (opposée *à* actions propriétaires). Masuer, t. 10 et 11 H. de Pansey, *Compét. des juges de paix*, ch. 46. Cf. Alauzet, p. 106. Klimrath, p. 368. On y a vu à tort une action personnelle, la *condictio possessionis* du droit romain. — Sur la procédure, Loysel, 763. — Cf. Guilhiermoz, p. 288 : *quando simpliciter agitur de possessione* (par opp. à la *novitas*). — Add. Ducoudray, *Orig. du Parlement*, p. 831.

(3) Dans cette action, *les plus anciens exploits* (c'est-à-dire la jouissance la plus ancienne) sont les plus efficaces. *Gr. Cout.*, p. 250, 252. Loysel, 765, Varin, I, 794, 802.

(4) Loysel, 748, 761. *Gr. Cout.*, p. 232, 252. Le délai de dix ans fut emprunté sans motif particulier au délai de l'usucapion romaine. Beaum., 8, 9. *Gr. Cout.*, p. 199. Paris, 98.

dix ans de la perte de la possession (1) et de présenter un titre à l'appui de sa saisine (2). Création peu heureuse dont l'origine est obscure (3) et dont nos praticiens ne tardèrent pas à être embarrassés (4); l'action de simple saisine disparaît au seizième siècle (5).

22. — La **dénonciation de nouvel œuvre** (6) que les anciens auteurs regardent comme une voie possessoire et rapprochent de la complainte, apparaît vers le quatorzième siècle en pays de coutumes. C'est l'*operis novi nuntiatio* du droit romain conservée et défigurée sans doute par la pratique italienne et celle du sud de la France, défigurée encore par la doctrine confuse qui veut lui rendre sa physionomie romaine (7). Elle suppose

(1) *Gr. Cout.*, p. 238. Varin, *loc. cit.* — La règle citée par P. de Font, 22, 3; Artois, 2, 29; Beaum., 32, 6; 64, d'après laquelle on ne pouvait agir au pétitoire que dans l'an et jour du jugement sur la complainte fut donc abandonnée; cf. *Gr. Cout.*, p. 237, 238.

(2) *Gr. Cout.*, p. 232. Par là l'action se rapprochait beaucoup du pétitoire et perdait à peu près toute utilité.

(3) Le *Gr. Cout.*, p. 232, l'appelle *casus recuperandae possessionis*, ce qui pourrait faire supposer qu'on l'a imaginée pour tenir lieu de l'interdit *recup. poss. c.*, par imitation (lointaine?) du droit romain. Laurière (s. Loysel, 765, 762) en attribue la création à Simon de Bucy, ce que ne dit pas le passage du *Gr. Cout.*, sur lequel il se base, p. 253 : « *Messire Symon de Bucy qui premièrement trouva et mist sus les cas de nouvelleté ne vouloit mie que l'on mist ès actes donnés ondit cas ces mots : sauf la question de la propriété: car il tenoit que l'en pourroit intenter le cas de simple saisine...* » De là il suit qu'autrefois il ne restait d'autre ressource que la voie pétitoire à celui qui succombait sur la complainte; lorsque le cas de simple saisine fut imaginé, on se demanda s'il ne fallait pas y faire allusion dans la formule de la complainte, comme on réservait la voie de la revendication. La pratique ne le jugea point nécessaire, contrairement à l'opinion de S. de Bucy. — Il se peut que l'action de simple saisine soit née de l'usage de délivrer des lettres de relief au spolié qui laisse passer l'an et jour sans agir. — Cf cep. Guilhiermoz, *Enquêtes*, p. 288, n° 57.

(4) Beaum., 24, 4, donnait la complainte au titulaire d'une servitude. Au quatorzième siècle, cette opinion semble avoir été contestée, sous prétexte que toute possession de servitude sans titre est précaire Bout., 1, 31 (p. 188), applique alors l'action de simple saisine; il la donne également pour les charges foncières. Cf. rentes, Paris, 198. J. Faber, *Inst. de int.*, § *retin.*, n° 22. Masuer, 11, 18, 21 : complainte pour cens, rentes, servitudes. L'Ord. de 1667 donne aussi la complainte en matière de servitudes.

(5) Sauf au Parlement de Flandre, Guyot, v° *Complainte*.

(6) *Gr. C. de Fr.*, p. 249. Masuer, 11, 7. Bout., 1, 31 (p. 197); 2, 32. *L. d. droiz*, n° 763. *Anc. Cout. d'Anjou*, F. 1051 (éd. Beaut. Beaupré, 2, 293). Ferrière, *h. v°* (bibl.). Glasson, 7, 312; cf. *NRH*, 1890, 627; *Précis de Procéd. civile*, 1902.

(7) Il en est question de bonne heure dans les statuts italiens. Lattes, *Dir.*

qu'un voisin fait des travaux sur son fonds en violation des droits de son voisin (par exemple, il élève sa maison si haut qu'il bouche les vues d'une maison voisine). Celui à qui la dénonciation est faite doit surseoir jusqu'à ce qu'il ait obtenu un jugement qui lui permette de continuer ses travaux; les juges ne le lui accordent qu'à condition de donner caution de les faire démolir, s'il en est ainsi ordonné dans la suite. Dans la complainte, le défendeur n'est pas recevable à continuer l'ouvrage commencé, même en donnant caution. Le peu d'importance de cette procédure explique qu'il n'en soit pas fait mention dans l'ordonnance de 1667 (1).

§ 5. — *Acquisition de la propriété immobilière* (2). *Occupation. Prescription.*

1. — Les principaux **modes d'acquérir entre vifs** (3) sont l'occupation, l'usucapion ou prescription acquisitive, et la tradition (4). Il sera question plus loin des modes d'acquisition

consuetud., p. 302. Comme dans le *Gr. C. de Fr.*, p. 88, on la voit se combiner avec un usage qui existait à Rome, mais sans se confondre avec la *nuntiatio*, la prohibition de continuer des travaux quelconques (et non pas seulement une construction) par le jet d'une pierre fait sur les lieux en présence de témoins.

(1) La L. du 25 mai 1838 en parle de nouveau. Cf. H. de Pansey, *Just. de paix*, ch. 38. Garsonnet, t. I, p. 538 (controv.).

(2) Bibliographie. — Ci-dessus, p. 198, t. II et suiv.; 249, t. II. Ci-après, § 6. — Sur les théories des Glossateurs, cf. Landsberg, *Glosse des Accursius*, 1883. Voy. en général les œuvres des Romanistes, les traités de droit naturel, les Institutes d'Argou, de Launay, Serres, etc., les Comment. des Coutumes. Glasson, VII, 332. — Isambert, *Table*, v° *Prescr.*

(3) Nos anciens auteurs les énumèrent et les classent, en s'inspirant, la plupart du temps, du droit romain. Bracton, I, 2, *de acquirendo rer. dom.* Cf Blackstone, I. 2, c. 13 et suiv. : A° *Titres aux biens réels :* descendance, aubaine, occupation, prescription, confiscation, aliénation par acte, par coutume spéciale, par testament; B° *Titres aux biens personnels :* occupation, prérogative, confiscation, coutume, succession, mariage, jugement, don, contrat, banqueroute, testament, administration.

(4) Sur les autres modes, comme l'*accession*, l'*invention*, la *confiscation*, cf. *supra*, p 218, t. II et suiv. Dans son état définitif, l'ancienne doctrine se rattache aux idées romaines, mais elle ne triomphe point sans résistance; les prétentions seigneuriales sont en opposition avec elle, par exemple à propos de l'alluvion, Loysel dit encore, n° 236 : *la rivière ôte et donne au seigneur justicier* (bibl.). Huber, IV, 701. Grimm, *RA*, 548. — Sur l'expropriation pour cause d'utilité publique, cf. aussi Huber, IV, 716 (Il n'en est pas question dans les anciens textes, parce que les droits de la collectivité

mortis causa, comme la succession *ab intestat*, qui porte plutôt sur un ensemble de biens, et le legs qui peut s'appliquer à des objets particuliers. La perte de la propriété ne résulte guère que de l'**abandon** ou **déguerpissement** dont les effets varient suivant la nature des biens (1).

2. — **Occupation** (ou appréhension *animo domini* d'une *res nullius*) (2). — Autant ce mode d'acquérir tient de la place dans les spéculations des jurisconsultes philosophes (3), autant il a

sont trop considérables pour qu'une réglementation soit nécessaire; l'individu cédera toujours. — Mais ne faut-il pas observer que le conflit s'élèvera entre la famille et l'Etat, et que la famille n'est pas aussi faible que l'individu? En réalité, les cas où l'expropriation est nécessaire sont fort rares). Add. *Olim*, I, 252, IV. Viollet, *Etabl. de saint Louis*, IV, 63. P. de Font., p. 292, 483.

(1) Le déguerpissement appliqué au fief ou à la censive a pour résultat de faire revenir ces biens au seigneur concédant. Mais le censitaire ne peut se soustraire à ses obligations futures que moyennant certaines formalités. Loysel, 521 : *Tout déguerpissement se doit faire en justice.* Le vassal ne saurait rompre par là les liens qui le rattachent au seigneur. Ci-dessus, Epoque féodale, t. I. — Pour l'*abandon* (proprement dit, c'est-à-dire) des alleux, l'ancien droit n'a pas eu de réglementation générale. Cependant, d'après Ferrière, v° *Biens vacants*, il est d'usage que le seigneur justicier n'use du droit de prendre les biens abandonnés qu'après les laps de quelques années. Dans Guyot, v° *Occupation*, on cite comme modèle la législation du Languedoc; les biens y étaient censés abandonnés par la cessation de la culture et du payement de la taille pendant trois ans; on les adjugeait alors à celui qui offrait de les cultiver, de payer la taille, et qui faisait la condition de la communauté meilleure. Cf. L. 3 frim an VII, art. 76. Ci-dessus, p. 214, t. II. Despeisses, III, 13. — Etymologie : *a-bandon;* sur le sens de *bandon*, cf. Godefroy, *h. v°* et v° *Abandon*. P. de Font., 15, 29. Beaum., 43, 13. *Ord.*, I, 293 (abandon est la prise d'un gage).

(2) Ci-contre, p. 214, t. II. Voy. surtout les écrits sur les droits féodaux ou domaniaux. Guyot, v° *Occupation*. Pothier, *Propriété*, c. 2. Au sujet de l'occupation en droit international, cf. Bonfils-Fauchille, *Manuel de droit international public*, 1898. Jèze, *Occupation*, 1896. Balboa prend possession de l'Océan Pacifique au nom du roi d'Espagne en y entrant et en frappant les eaux de son épée; Cortez plante son épée dans un arbre pour prendre possession du Mexique, etc. Lameire, *Occup. milit. en Italie sous Louis XIV*, 1903.

(3) Rousseau n'est que l'écho de leurs vieilles doctrines dans le passage si connu du *Discours sur l'origine et les fond. de l'inégalité*, 2e p. : Le premier qui, ayant enclos un terrain, s'avisa de dire : *Ceci est à moi*, et trouva des gens assez simples pour le croire, fut le vrai fondateur de la société civile. Que de crimes, de guerres, de meurtres, que de misères et d'horreurs n'eût point épargnés au genre humain celui qui, arrachant les pieux ou comblant le fossé, eût crié à ses semblables : Gardez-vous d'écouter cet imposteur; vous êtes perdus si vous oubliez que les fruits sont à tous et que la terre n'est à personne. » Cf. Pascal, *Pensées*, VI, 50 : Ce

peu d'importance dans l'histoire de notre ancien droit. On ne le rencontre qu'à l'époque barbare sous la forme de l'*aprisio* (1) ou *Neubruch* (2). Du consentement exprès ou tacite de la communauté à laquelle il appartient, un simple particulier met en culture une portion du territoire sur lequel elle s'est établie (3); il la défriche et se l'approprie; nul ne s'y oppose, parce qu'il ne nuit à personne et que, d'une façon ou d'une autre, on le sent, cette conquête d'un seul tournera au profit de tous. Là où il n'y a pas de communautés ou même, avec le temps, sur le territoire des communautés, on voit le roi autoriser l'aprision (4).

chien est à moi, disaient ces pauvres enfants, c'est là ma place au soleil, voilà le commencement et l'image de l'usurpation de toute la terre.

(1) Ci-dessus, Origines de la Propriété, t. I, p. 214, t. II, (bibl.). Thévenin, Les *Communia* (Mélanges Renier), 1886; *Textes*, p. 64, 69, 78, etc. (Table). Cauvet, *Etude hist. s. l'établiss. des Espagnols dans la Septimanie*, 1877 (not. p. 109). Cf. Origines de la Propriété, t. I. Brunner, *DRG*, II, 256. Sur le mode d'établissement des Barbares, cf. Meitzen, *op. cit.* (par villages ou par habitations isolées), et une analyse de ses idées dans Brandt, *op cit.*, et dans G. Blondel, *Entre camarades*, 1901. Pour l'époque romaine, cf. Mitteis, *Z. Gesch. der Erbpacht im Alterthum*, *Abh Sächs. Ges. d. Wiss.*, 20, 4 (a. 1901), p. 28 (bibl.), à propos des inscr. de Souk-el-Khmis et d'Henchir Mettich (on lit dans la 1re : *lege Hadriana comprehensum de rudibus agris.* Girard, *Textes*, p. 163).

(2) Autres dénominations : *captura*, *comprehensio*, *porprisio*, *exartum* (essart, de *sarrire*, sarcler), *bifang* (trad. d'*aprisio*), *neubruch* ou *rodung* (défrichement). Ces diverses expressions désignent à la fois le mode d'acquisition et la terre acquise (*Rottland*). Grimm, p. 524. Du Cange, *h. v*is. Fréquemment, pour mettre un champ en valeur, on commence par faire brûler les broussailles et les arbres qui le couvrent (*novalia exusta*). Laveleye, *Economie rurale de la Belgique*, 1875, p. 200. Roscher, *Traité d'écon. polit. rurale*, tr. fr., p. 82.

(3) *L. Burg.*, t. 13, *de exartis* (bibl. en note) : défrichement *in silva communi*, c'est-à-dire commune au Romain et à son hôte barbare; cf. 41; 54, 2; 67. L'usage du défrichement s'applique ici à la propriété privée. Rageau, v° *Pourpris*.

(4) *Bai.*, 16, 2 : *Ego habeo testes qui hoc sciunt quod laboris de isto campo semper ego tuli, nemine contradicente, exartavi, mundavi, possedi usque hodie, et pater meus reliquit mihi in possessione sua.* Le témoin (*commarcanus?*) jure *quod istius hominis priora opera fuerunt in isto agro quam tua et labores fructuum ille tulit.* Cf. Schlyter, *Corpus jur. sueo-goth.*, 3, 245. Le droit du premier occupant est formellement reconnu dans ce texte. On n'exige de lui que d'avoir cultivé une terre inculte, abandonnée. Il n'est question ni d'autorisation d'une communauté agraire, ni d'autorisation de l'Etat, ni de formalités quelconques pour la prise de possession. Cf. cep. Beseler, p. 11 : certains actes mentionnent la *captitatio circumeundo*, l'incision des arbres, le fait d'allumer du feu, d'édifier une construction : c'est l'usage populaire. Mais aucune de ces formalités n'est indispensable, à mon avis; elles peuvent être utiles pour fixer les limites

Mais l'accroissement de la population et les progrès de l'agriculture eurent pour résultat de faire abandonner cette pratique ancienne (1). Elle devient plus rare dès les premiers temps de l'époque féodale (2). Dans les pays où la théorie de la propriété féodale s'est appliquée d'une façon exclusive, par exemple en Angleterre, il n'y a plus place pour l'occupation, car il est de principe que les terres vacantes appartiennent au seigneur, et celles que ses tenanciers abandonnent font retour à son domaine à raison de sa directe (3). C'est en s'inspirant de ces idées ou plutôt de leur résultat pratique que les rédacteurs du Code civil

du terrain acquis. Par cela seul qu'on a pris possession d'un fonds, quand même l'*extirpatio* n'ait pas été complète, on est en droit d'écarter les tiers qui voudraient s'en emparer. Tout homme libre jouissait du droit de pratiquer l'aprision dans la *silva communis*, dans les terres incultes de la communauté; ce qu'il pouvait prendre et *occuper réellement* était si peu de chose par rapport à la vaste étendue qui restait (Tacite, 26 : *et superest ager*), que ce droit n'avait pas besoin d'être limité; la communauté en acceptait tacitement le plein exercice. Quand la population s'accrut, que les défrichements augmentèrent, on dut y apporter des restrictions ou même le supprimer; c'est ce que font les lois ou règlements de l'époque féodale. Cependant on rencontre des vestiges du vieux principe jusqu'au dix-huitième siècle (en 1712, dans le Holstein : cf. Beseler, p. 15). En règle générale, l'aprision ne fut permise qu'avec le consentement exprès du seigneur ou de la communauté, et l'on passa tout naturellement au régime des concessions seigneuriales (p. ex. à des hôtes).

(1) C'est ce qui arriva, en particulier, en France. Les terres abandonnées, les régions dépeuplées furent occupées par des immigrants que le roi autorisait à s'y établir, à raison de son droit de haute police. Ainsi, du temps de Charlemagne, des Goths s'établissent en Septimanie. Cauvet, *op. cit.* Diplômes de Charlemagne et de ses successeurs dans D. Vaissete, *Preuves* et *Capitul.*, éd. Boretius, I, 169 (a. 812 : *per nostram datam licentiam erema loca sibi ad laboricandum propriserant... quod per triginta annos abuerint per aprisionem, quieti possideant*). Cf. charte 811 (Beseler, p. 19) : *iubemus ut nullus fidelium nostrorum .. B. et heredes illius de hoc propriso quod in lingua eorum dicitur bivanc, expoliare .. praesumatis, sed liceat eis per hoc nostrum praeceptum ipsam terram .. tenere.* Thévenin, *Textes*, n° 93 : *per adprisionem eorum vel per praeceptum imperatoris*, et on ajoute encore que la possession a duré *infra legitimos annos*. La confirmation royale paraissait donc nécessaire à celui qui avait pratiqué l'aprision. Il arrive aussi souvent que la *captura* a lieu dans un domaine royal, *regalis silva*, et dans ce cas il va sans dire que l'autorisation royale est indispensable. Colonies en pays allemand, G. Blondel, *Et. s. les popul. rurales de l'Allemagne*. Imbart La Tour, *Mél. P. Fabre*, 1901.

(2) L'Eglise encourage les défrichements en montrant moins de rigueur dans la perception de la dîme des *novalia*. **X**, 3, 30, 13; 5, 40, 21. Du Cange, *h. v°*. Mais par *novale* on entend toute terre défrichée, à la suite d'aprision ou non.

(3) C'est ainsi que le droit anglais ne reconnaît pas l'occupation comme mode d'acquérir la terre. Pollock et Maitl., II, 80.

avaient inscrit dans leur projet cette règle trop absolue : *la loi civile ne reconnaît pas le droit de simple occupation.* Ils revinrent sur cette idée ; à l'exemple de l'ancien droit, ils admirent l'occupation en matière mobilière (chasse, pêche, épaves, trésor), consacrant en cette matière la victoire des théories romaines sur les conceptions germaniques et féodales (1).

3. — **La prescription** (2). — **Courtes et longues prescriptions** (3). — La prescription acquisitive ou usucapion ne semble pas avoir été connue de l'ancien droit germanique ; on n'y rencontre qu'une sorte de prescription extinctive (4) applicable aux droits les plus divers et ayant son point de départ dans un fait qui met l'intéressé en demeure de les faire valoir (5). De là sortit, dans l'ancien droit coutumier, une usucapion de courte durée, la tenure d'an et jour. Ce système contrastait avec la théorie romaine d'après laquelle l'usucapion s'opposait à la prescription des actions et qui n'admettait que de longues prescriptions. Dès l'époque barbare, les institutions romaines pénè-

(1) Fenet, II, 124. Ci-dessus, Régales, p. 214 et suiv., t. II.

(2) Bibliographie. — Traités généraux des Romanistes, des Canonistes (p. ex. Hostiensis, l. 2, t. *de usucap., de prescr.* ; G. Durand, *Spec.*, 3, 2, *de praescr.*, etc.). — J. Faber, *Inst., de usuc.* — Pasquier, *Inst.*, p. 291. — *Siete Part.*, 3, 29 (bibl. dans les notes sur ce titre). — Gross, *Incerti auct. ordo judic... et Tract. de praescr.*, 1870 (écrit en France, peut-être à Paris, de 1170 à 1180). — Gérard de Sienne, *De praescr.* (Schulte, *Gesch.*, II, 204). — Tiraquellus, *De praescr.*, 1560. — Balbus, *id.*, 1564 (1572). — Knitschky, *De praescr. juris canon.*, 1873. — Reich, *Entwick. d. canon. Verjährungslehre* (de Gratien à J. d'André), 1880). — Ruffini, *Buona Fede in mat. di prescriz.*, 1892 (bibl., p. 6, etc.). — Landsberg, *Glosse des Accursius*, p. 147 (bibl.). — Camus et Dupin, nos 797 et suiv.

Buche, *NRH*, 1884, 334. — Loysel, 711 et suiv. (V, 3). — Argou, X, 10. — Astruc, *Tr. du Mariage*, 1758. — Dunod, *Tr. des Prescriptions*, 1753. — Pothier, éd. Bug., t. IX (1772). — Guyot, *h. v°*. — Blanche Cape, *Prescr. de la C. de Norm.*, 1665. — Viollet, 570. — Glasson, VII, 346. — Beaune, *Cond. des biens*, p. 99. — *R. crit.*, 33, 385.

Unterholzner, *Verjährungslehre*, 1858. — Stobbe, § 93. — Heusler, § 13, 91. — W. Sickel, *De possessione legitima*, 1871. — Huber, IV, 117, 701, 713. — Gfrörer, *Die Verjähr.*, 1886. — *KVJ*, IV, 3e s., p. 150. — Pertile, § 138. — Salvioli, § 232 (bibl.). — Abignente, *La prescriz. nel dir. napolet.*, 1882. — Pollock et M., II, 142.

(3) Caillemer, *Antiq. jurid. d'Athènes*, La prescription, 1869. Beauchet, *Hist. du droit privé de la Républ. athén.*, III, 142. Girard, *Manuel de dr. rom.*, 3e éd., p. 296.

(4) De même le droit anglais ne connaît pas de prescription acquisitive, mais une simple prescription extinctive. Pollock et M., II, 81. *L. Feud.*, 2, 9, 3.

(5) Heusler, § 91. Immerwahr, *Die Verchweigung*, 1895.

trent dans la législation (1); le droit canon leur donne une nouvelle force, et, vers le treizième siècle, elles prévalent (2). Leur succès est moins une conséquence de l'autorité des lois romaines qu'un effet de la marche générale du droit; il y a là une de ces réformes législatives opérées par la pratique sous le couvert du respect superstitieux du droit romain, mais qui se justifient par des motifs tous autres que ceux qu'on avoue. A Rome même les longues prescriptions avaient fini par prendre la place de la brève usucapion primitive. Les délais très courts, comme celui d'un an, conviennent à une société barbare où l'on a besoin d'une prompte règlementation, où l'on ne possède qu'un système de preuves grossier (3); ils conviennent aussi à une société très civilisée où les droits de chacun sont assez bien garantis pour que les usurpations soient peu à craindre; l'ancien régime, ne pouvant organiser la propriété foncière sur les bases perfectionnées du droit moderne, la protégea du moins par la longue durée de la prescription.

4. — **L'an et jour** (4). — L'année est un délai naturel qui s'est appliqué de lui-même à l'acquisition ou à la perte des droits (5). César et Tacite constatent que la distribution des terres se faisait d'année en année chez les anciens Germains : *anno post alio transire cogunt*, dit l'un; *arva per annos mutant*, dit l'autre (6). Dans les lois barbares, ce délai est pris en considé-

(1) Dr. franc, wisigothique, burgonde. *Liut.*, 53. Pardessus, *Dipl.*, II, 185, n° 394. Brunner, II, 517.

(2) Cf. ci-après, p. 301, t. II. Arr. Parl. Paris, 3 avril 1322. Buche, *NRH*, 1884, 335. — Combinaison du délai germanique et du délai romain : *App Marculf.*, 33. Reims, 168 : 11 ans. Bout., I, 22. Hainaut, 7, 5 : 21 ans, Ponthieu, 31 ans. *Sachsensp.*, I, 29 : 30 ans plus *Jahr und Tag*. Champeaux, p. 433. Soule, r. 28 : 41 ans.

(3) Sur la preuve de la propriété, cf. ci-après, et p. 240, t. II.

(4) Cf. Possession, ci-contre, p. 284, t. II. — Val. Smith, *Orig. de la poss. annale*, 1854. Klimrath, II, 357. Alauzet, p. 47. De Parieu, p. 56. Heusler, *Gewere*, p. 345. Glasson, VII, 349. Viollet, 570. Champeaux, Thèse, p. 376. Fockema-Andreae, *ZSS, GA*, 1993, 75. Maitland, *Law Quart. R.*, V, 253.

(5) *Perennis*, surannation, *Verjährung*. Viollet, 572. Val. Smith, p. 33, 48. Heusler, I, 56. Cf. délai triennal correspondant à un système archaïque d'assolements triennaux (Danemarck, *Jydsk. Lov.*, I, 47, 51). — Autres explications. — I. Origine romaine. Cod. Théod., 10, 1, 1. *L. rom. Vis.*, 5, 6. Benech, *R. crit.*, 1854, 377. — II. L'année comprend 3 *placita legitima*. Cap. 803, c. 6 (ci-après). *Jost.*, 19, 42, 2 : dans les 3 assises et 40 jours. Cf. Martène, *De antiq. rit.*, 9, 5. Prost, *NRH*, 1880, prise de ban à Metz. Ci-après, p. 293, n. 5.

(6) Caes., *de b. gall.*, VI, 22. Tacite, *Germ.*, 26.

ration en diverses circonstances; ainsi, d'après la L. Salique, t. 45, *de migrantibus* (1), l'étranger au village ne peut plus être expulsé sur la demande de l'un des habitants lorsqu'il y a séjourné douze mois (2). Le Capitulaire de 803, ajouté à la L. Ripuaria, c. 6, déclare que si le plaideur qui a fait défaut ne se présente pas *dans l'année*, le roi décidera du sort de ses biens. De même d'après les *Capitula legi addita* de 816, c. 5, la *proprietas* du criminel contumax, mise sous le ban royal, est définitivement acquise au fisc si la contumace n'est point purgée dans l'*an et jour* (3). Vienne l'époque féodale, les applications et les mentions de ce délai se multiplient (4); il devient la durée normale de la prescription dans l'ancien droit coutumier; l'expression *an et jour* est comme de style dans les Coutumes (5).

(1) Cf. Cap. de 819, c. 9, qui modifie ce titre : *ut nullus villam aut res alterius migrandi gratia per annos tenere possit, sed in quacunque die invasor interpellatus .. reddat.*

(2) Ce titre ne prévoit pas, selon l'opinion commune, l'acquisition de la propriété. Voir sur la controv. à laquelle a donné lieu son interprétation, Geffcken, *L. Salica*, p. 178(bibl.) Cf. t. I. Origines de la Propriété. Autres cas d'application du délai annal dans les lois barbares : *Sal.*, 46 (affatomie); 27, 19. *Roth.*, 74, 112, 127, 221, 361. *Liut.*, 24, 96, 100. Témoignages anciens : Thévenin, *Textes*, 114, etc. Muratori, *Ant. ital.*, I, 435. Brunetti, *Cod. diplom. tosc.*, I, 425. Yves de Chartres, *Ep.* 77 (Migne, *Patr. lat.*, t. CLXII). *Leges fam. S. Petri Worm.*, § 1 et 6. D. Martène, *Ampl. Coll.*, II, 56, 58. Lois d'Hoel le Bon. Laferr., *Hist. du dr. fr.*, II, 123. *Acad, Lég. Toulouse*, II, 250.

(3) *Capitul.*, éd. Bor. *Index rer*, v° *Annus*. Voy. en particulier, I, 118; 268; 283; 362; II, 63; 226. *Cap. l. Rib. add.*, 803, 6 (I, 118) : *si infra annum non venerit* (le plaideur qui fait défaut), *de rebus ejus quae in bannum missae sunt, rex interrogetur, et quidquid inde judicaverit fiat. Cap.* 816, c. 5 (I, 268) : *cujuscumque hominis proprietas ob crimen aliquod ab eo commissum in bannum fuerit missa et ille, recognita, ne justitiam faciat, venire distulerit annumque ac diem in eo banno illam esse permiserit, ulterius eam non adquirat, sed ipsa nostro fisco societur. Cap.* 825, c. 11 (*Lib. Pap. Loth.*, 31).

(4) Du Cange, v° *Annus et dies*. Ariprand et Albertus, p. 138. Heusler, I, 57, etc. Cf. Possession, Retrait lignager. La bourgeoisie ou le servage résultent de la résidence pendant l'an et jour (Coutumes où l'air rend libre, esclave). Cf. à ce sujet, Nov. 123, c. 17 (Justinien). Au dix-huitième siècle, droit de l'électeur Palatin sur les étrangers. Hildebrand, *De jure Wildfangiatus*, 1717. Stobbe, I, § 68. La communauté s'établit par *manoir ensemble à un pain et à un pot, un an et un jour*. Nombre d'actions s'éteignent par ce délai. Loysel, 713, 714. Dunod, p. 133. Champeaux, thèse, p. 400. Hérédité vacante, Fribourg, 24; Cout. méridionales (Albi, etc.); choses perdues, etc. Immerwahr, p. 43.

(5) L'an et jour figure pour la première fois dans le Capit. de 816. En supposant que le délai parte du 1er janvier, il expire, non le 31 décembre,

5. La **rechte Gewere.** — En cas de *missio in bannum*, et par le fait même de cette *missio*, l'intéressé se trouvait mis en demeure de faire valoir ses droits sur le bien saisi ; à défaut de quoi ces droits étaient perdus, car on ne pouvait revenir sur la confiscation devenue définitive (1). Cette procédure de la *missio in bannum* avec ses effets énergiques fut étendue aux cas d'aliénation volontaire opérée en justice. Les sources allemandes du treizième siècle nous le montrent dans leur description de l'*Auflassung* (ou ensaisinement) judiciaire (dans l'*echte Ding*, *placitum legitimum*) (2). Le juge somme par trois fois les assistants de faire valoir leurs prétentions sur le fonds aliéné sous peine d'être forclos ; tous les hommes libres du lieu y assistent à l'ex-

mais le 1er janvier de l'année suivante; ce jour appartient tout entier à l'intéressé pour faire valoir ses droits, par exemple pour exercer le retrait; à plus forte raison pour éviter une confiscation, comme dans le Capit. de 816 (où il semble un délai de grâce). Alors seulement, dans la pensée populaire, l'année est complète; de même on compte huit jours pour une semaine, quinze jours pour deux. Nos anciens auteurs voient une intention savante dans cette erreur de calcul; on aurait ajouté un jour à l'année pour montrer que le *dies a quo* n'était pas compris dans le délai (*ut omnes molestae quaestiones de anni tempore tollantur*). Qui ne voit que c'eût été reculer la difficulté au lieu de la résoudre? Tiraq., *de retr.*, 1, 11, 17. Grimaudet, *Retr.*, 8, 2. Laur. s. Paris, I, 264. Pithou's. Troyes, 144. Pasquier, *Rech.*, IV, 32. Guyot, v° *Retr. lign.*, s. VI. De cette explication on peut conclure, du moins, qu'il n'y avait pas de différence entre les coutumes qui parlaient de l'an et jour et celles où il était question simplement d'une année. — En Allemagne, au treizième siècle, on entend par *Jahr und Tag* un délai d'un an (3 *placita legitima*, 3 assises), plus six semaines (délai de comparution en justice de la L. Salique, Geffcken, p. 187), plus trois jours (durée d'une session). Après l'année, l'intéressé a encore la faculté de faire valoir son droit à la première session judiciaire, qui se tient, au moins, à l'expiration des six semaines; si elle a lieu antérieurement, le délai est raccourci; il peut être réduit à un jour. Capit. 803, c. 6. Heusler, I, 57. Grimm, *RA*, 223. Chaisemartin, *Prov.*, p. 185. Cf. Schrœder, p. 706 (controv. Faut-il voir là une innovation?). Cf. *Joslice*, I, 6, 40, 50; III, 6, 2; XII, 6, 8; 7, 5; 22; XIX, 37, 9, 12. P. de Font., 21, 9. A. Thierry, *Doc. inéd.*, IV, 662. Fagniez, *Doc. p. servir à l'hist. de l'ind.*, p. 317. Champeaux, p. 375. Immerwahr, p. 22. Sur les trois assises, *Jost.*, 19, 12, 2. P. de Font., 21, 10, 12 et 91; 22, 9. Glanville, 1, 7. *Gr. C.*, p. 263. Durand, *Specul.*, 3, 1, 6; 2, 15, 10. Ci-contre, p. 292, n. 5, t. II. — Cf. date des actes; on doit indiquer l'an et le jour (*Wis.*, 2, 5, 1). On a conjecturé aussi que c'était là le point d'attache purement verbal de la formule coutumière.

(1) L'intéressé devait se présenter en justice dans l'an et jour; une protestation extrajudiciaire ou la reprise violente du bien n'auraient eu aucun effet. Cette règle, toute naturelle dans les cas prévus par les Capitulaires de 803 et 816, se conserva ensuite pour l'*Auflassung*. Ci-après.

(2) Ci-contre, Transfert de propriété.

ception des mineurs, des malades, des absents du pays; si personne ne réclame, le juge met sa paix sur le bien, c'est-à-dire interdit à tous de troubler le possesseur (*sub banno regio proprietati firman pacem induximus*). Ceux qui n'assistaient pas à l'assemblée judiciaire pour une cause légitime, gardaient le droit de se plaindre pendant l'an et jour (1). Une fois l'année expirée, la possession de l'acquéreur était inattaquable; il avait la *rechte Gewere* (*legitima possessio*) (2). Le délai d'un an fut même accordé à ceux qui étaient présents à l'assemblée judiciaire, et l'on exigea de l'acquéreur un serment à l'appui de sa possession (3). Il n'est guère douteux que l'institution de la *rechte Gewere* ne se rattache à la *missio in bannum* du neuvième siècle; les formalités dont elle est entourée ont trop d'analogie avec elle et s'inspirent trop du même esprit pour qu'il en soit autrement. D'ailleurs, on trouve déjà dans le Capitulaire de 825, c. 11, l'aliénation des immeubles liée à une procédure de mise en demeure de tous les ayants droits (4). La pratique allemande du moyen âge a donc des précédents dès l'époque franque.

6. — La **tenure d'an et jour** des chartes municipales du nord de la France a la même origine que la *rechte Gewere* du droit

(1) *Leges familiae S. Petri Worm.*, vers 1024, c. 6 : *si quis praedium vendiderit et aliquis heredum suorum praesens fuerit et nihil contradixerit, vel si absens aliquis heredum est, postea resciverit, et si infra spacium illius anni hoc reticuerit, postea jure carebit.* Autres textes dans Immerwahr, p. 15.

(2) *Sachsensp. Landr.*, II, 44, 1 : *Sveth gut en man in geweren hevet jar unde dach ane rechte wedersprake, die hevet dar an ene rechte Gewere.* Cf. III, 83, 2, 3. Chartes municipales, p. ex. *Berner Handfeste*, 1218, c. 22; Augsbourg, 1156, c. 4, Delft, 1246, dans Mieris, *Charterb.*, I, 231, etc. — Au douzième, au treizième siècle, la *rechte Gewere* existe dans presque toute l'Allemagne. — Sur cette institution, les idées ne sont guère arrêtées que depuis les écrits de R. Sohm; cf. *ZSS. GA*, I, 37, 53. Heusler, *Gew.*, 237; *Inst.*, II, 81. Stobbe, § 74. Schröder, p. 706 (bibl.). Siegel, § 145. Brunner, *Forsch.*, p. 736. Huber, IV, 712. Immerwahr, p. 27. *ZSS. GA*, IV, 235.

(3) Brême, 1186, 3 : *si quis aliquam hereditatem acquisierit sub wicbilithe* (Weichbild) *et eam per annum et diem nullo impetente possederit, ipse propior et magis idoneus habeatur ad probationem obtinendae hereditatis quam actor ad auferendum. Lübisch. Recht*, 78. Soest, 31, etc. — *L. Feud.*, I, 26, 1 : la possession annale confirmée par serment équivaut à l'investiture du fief par rapport au seigneur. *Ibid.*, II, 24; 40; 52; 55; Pertile, IV, 221.

(4) *Lib. Pap. Loth.*, 31. Cf. ci-après, Appropriances, Vesture.

allemand (1). C'est l'ancienne déchéance résultant de l'expiration de l'an et jour qui s'est transformée en usucapion et qui a pour condition primordiale la possession annale de l'acquéreur (2); la procédure préalable de mise en demeure des ayants droit est fréquemment tombée en désuétude; on supplée à son absence par la publicité de la tradition ou de la prise de possession (3). Mais les effets de la déchéance ont persisté; il en résulte une fin de non-recevoir absolue contre toute prétention adverse (à titre de propriété, de servitude, d'obligation) (4), et,

(1) Saint-Omer, 1128. Laon, 1128, 15 et 20. Lorris, 1155, 18 et 32. Noyon, 1181, 13. Chaumont, 1182, 10. Roye, 1183, 3 et 15. Abbeville, 1184, 23. Pontoise, 1188, 11. Amiens. 1190, 26. Saint-Quentin, 1195, 24, etc. (*Ordonn.*, t. IV, et XI, p. 199 et suiv.). *Anc. Coul. d'Artois*, éd. Maillart, p 357. Ass. de Jérus. J. d'Ibelin, 38; C. *d. B.*, t. II, p. 36 (éd. B.). Cf. Bigelow, *Placita anglo-normann.*, p. 282. Prou, *NRH*, 1884, 163. *Jost.*, Table, v° *Prescription. Const. du Châtelet*, § 53 (note). *Olim*, I, 748, 22 (a. 1268) : dix ans ou même an et jour d'après l'usage local. Glasson, VII, 272. Ci-dessus, p. 249, t. II (bibl.) 284, t. II. — *Fuero Real*, 2, 11 (an et jour en paix). Giraud, II, 259. Beauvais, 1182, 27.

(2) Tandis que, dans le droit primitif, l'inaction de l'intéressé suffit pour lui faire perdre son droit; il encourt une déchéance par le seul fait de sa *Verschweigung*, que son adversaire ait ou non possédé pendant l'an et jour. Pour la *rechte Gewere*, la possession est aussi requise. Pertile, IV, 222.

(3) *L. Sal.*, 45. Lorris, 1155, 18. Immerwahr, p. 12 et 15. Le *bannum regis*, base primitive de la procédure, disparaît souvent. — Noyon, 1181, 13 : *Si quis terram vel domum vel quamlibet tenuituram presente adversario suo nec contradicente per annum et diem tenuerit, postea sine contradictione possidebit.* Abbeville, 1184, 23 : *Si quis emerit vel invadiaverit terram vel redditus aliquos et per annum et diem vicinis videntibus tenuerit, si ille qui reclamaverit sciverit vel scire potuerit, nisi infra diem et annum reclamaverit, de cetero non audietur.* Ass. de Jérus. J. d'Ibelin, c. 38; *C. des B.*, t. II, p. 36 (éd. B.). Pertile, IV, 180 (Asti), etc. Dans ces textes, on semble supposer comme condition de la prescription, une acquisition publique, portée à la connaissance de tous : on parle quelquefois de ceux qui *juste ac legitime emerint;* mais le fait seul qu'on n'insiste pas et qu'on ne précise pas à ce sujet, démontre que cette condition a perdu de son importance; la publicité ou même la régularité de l'acquisition équivaut à une mise en demeure formelle de tous les intéressés. Cf. ci-contre, Appropriances par bannies.

(4) *Nulli tenetur respondere*, disent les Chartes en parlant du possesseur annal. Dès lors, il n'a pas à appeler en cause son garant et peu importe qu'il ait acquis *a domino* ou *a non domino*. La bonne foi et le juste titre ne lui sont pas nécessaires non plus. Cf. cep. Cap. Olon., 825, c. 11 (I, 329). Cap. Adelchis, 866, c. 5. Murat., *Ant. ital.*, I, 435. Laband, *Vermög. Kl.*, p. 315. — Les mineurs et les absents ne sont pas déchus de leurs droits; la déchéance n'atteint que ceux qui savent ou peuvent savoir qu'un tiers est en possession. Schmid, *Ges. d. Angels.*, Gloss., v° *Verjährung*. Roye, 1188, 3. *Summa Norm.*, 98, 5. L. Delisle, *Jug. de l'Echiquier*, 151 (a.

par suite, les droits des tiers, quels qu'ils soient, ceux des parents, ceux même d'un acquéreur antérieur, sont purgés (1). Cette institution perdit de l'importance à mesure que la théorie de la possession fut mieux établie; elle devint une exception dans les Coutumes du seizième siècle: à ce moment, l'unique effet de la possession annale est de donner droit aux actions possessoires; elle ne fait point acquérir la propriété (2).

7. — Le **tènement de 5 ans** (3) (Anjou, Maine, Tours, Lodunois) (4) ou possession quinquennale servait au seizième siècle, à purger les immeubles des rentes, hypothèques ou charges réelles qui les grevaient; seul l'acquéreur du fonds avec juste titre et bonne foi était autorisé à s'en prévaloir et encore à la condition de n'être pas l'héritier présomptif du débiteur (5). Ce n'était qu'une transformation de la prescription annale, comme il résulte du texte ou des travaux préparatoires des Coutumes qui constatent que le délai trop court d'un an fut prorogé à trois ans, puis à cinq (6). On discutait pour savoir si cette prescription courait contre les mineurs, les absents, l'Eglise (7). Il est à remarquer que les arrérages d'une rente constituée à prix d'argent se prescrivirent par cinq ans (8).

1215), etc. Immerwahr, p. 19 et suiv. Laurière, *Tèn. de cinq ans*, p. 75. Cf. *Olim.*, III, 556, 52. — Loysel, 721, se place au contraire à un point de vue nouveau : *Toute prescription annale ou moindre coutumière court contre les absents et les mineurs.* Cf. ci-contre, p. 167 et 307, t. II.

(1) Cap. 825, c. 11 ; en cas de deux traditions successives, on peut dire *der jüngere Bann. bricht den älterem.* Ci-après, Tradition. *Leges et Stat. fam. S. P. Worm.* (vers 1024) : c. 6, vente; c. 1, constitution de douaire.

(2) Cf. déjà Beaumanoir, 8, 9. Frédéric II l'abolit. *Const., Sic.*, 3, 37.

(3) Laurière, *Diss. s. le ténem. de cinq ans*, 1698. Pothier, *Propr.*, n° 21. D'Aguesseau, II, 189. Ferrière, *h. v°*. — Cf. Boutillier, I, 48 (4 ans).

(4) Elle laissait subsister les rentes foncières (prescriptibles par dix et vingt ans ou par trente ans), les droits seigneuriaux (imprescriptibles) et les rentes ou charges dont l'immeuble était grevé depuis plus de trente ans (les anciennes dettes sont moins suspectes de fraude que les nouvelles). Pothier, n° 219. Ci-contre, p. 17, n. 1.

(5) L'héritier présomptif du débiteur ne peut invoquer que la prescription de trente ans. Maine, 438. Anjou, 423. Pothier, 224.

(6) Laurière, p 83. Maine, Procès-verb. s. l'art. 482. Mons, 27 (au lieu d'un an, posséder dorénavant trois ans entiers).

(7) Loysel, 721. Laurière, p 85. Anjou, 447. Maine, 459. *Journ. des Aud.*, I, 6, 13. Pothier, n°s 236 et suiv.

(8) *Confér. des Ord. de Guénois*, IV, 7, 44. Ord. juin 1510, art. 71; janvier 1629, art. 142. Déc. 20 août 1792, 3, 1 C. civ., 2277. — Dunod, II, Le Gouix, *Th.*, 1901.

8. — **La bonne foi** (1) a été requise par le droit canon (2) dans toute prescription, et cela non seulement au moment de la prise de possession, mais encore pendant toute la durée de celle-ci. Il était d'accord sur ce point avec les idées populaires (*cent ans d'injustice ne font pas une année de droit*) et il s'inspirait du vieux droit mosaïque (par exemple Jubilé) (3); s'il faut y avoir une suite de la confusion entre la morale et le droit, qui est un des caractères du droit canon, cette doctrine est aussi dans quelque mesure une expression de la réaction contre la prescription, institution de moins en moins nécessaire dans une société bien ordonnée (4). Le Décret de Gratien s'en tient encore aux idées romaines (5), mais la doctrine nouvelle ne tarde pas à apparaître dans les écrits des canonistes, et, à la fin du douzième siècle, deux Décrétales, l'une d'Alexandre III, l'autre d'Innocent III, la consacrent; elles se résument dans la règle : *Possessor malae fidei ullo tempore non praescribit* (6). La règle canonique pénétra

(1) Mollenthcil. *Natur des guten Glaubens*, 1820. Hildenbrand, *De bona fide*, 1843. Kroutzwald, *De canonica praescriptione*, 1873. Knitschky, *De praescr. jur. canon.*, 1873 Reich, *Kanon. Verjährungslehre*, 1880. Benzacar, These, 1890 Ruffini *, *La buona fede in mat. di prescrizione*, 1892 (bibl., p. 6). *Enciel. giur. ital.*, v° *b. f.* Horn, *Bona fides*, 1899.

(2) **X**, 2, 26 (*de praescriptionibus*).

(3) De la réforme vient peut-être la règle d'après laquelle le titre doit être prouvé (sauf dans le cas de prescription immémoriale); cependant, lorsque celui qui prescrit a pour lui le *jus commune*, la bonne foi lui suffit. Johannes Teutonicus, sur c. 7, **C.**, XVI, q 3. Reich, p. 28 et suiv. Bernard de Parme, s. c. 17, **X**, *de praescr.* Cf. Sexte, c. 1, II, 13.

(4) Eglises exemptes de la pr. de 30 ans. Mohr., *C. dipl. rh.*, I, 97.

(5) Cf. Ruffini, p. 11 (textes canoniques anciens contenant la doctrine romaine, not. Coll. de canons de Prague, première moitié du douzième siècle, c. 271, 279; Hincmar, *Op.*, II, 737). Décret de Gratien, 2ª Pars, cause XVI, q. 3 et 4. Une glose qui précède la Pars VIII, affirme que les Part. VIII et IX ont été introduites dans le Décret par l'un des quatre docteurs, Jacobus.

(6) Premières mentions de l'opinion nouvelle, Ruffini, p. 39 et suiv. Cf. not. *Sommes* de Rufin, p. 319; d'Etienne de Tournai, p. 220. Gross, *op. cit.*, p. 252. — N'a-t-elle pas eu pour point de départ un passage de saint Augustin cité par Gratien, *Causs.*, 34, q. 1, c. 5, où il n'y a cependant aucune idée d'innovation? — En réalité, l'axiome *mala fides superveniens non nocet* est, à Rome, un reste du vieux droit selon lequel l'usucapion a lieu même sans bonne foi; il vint un moment où la bonne foi fut requise, mais on se borna à l'exiger au début de la possession. Le droit canon crut moraliser la prescription en exigeant que la bonne foi se prolongeât pendant toute la durée de la possession. Décrétale *Vigilanti* d'Alexandre III (**X**, 2, 26, 5. Cf. Ruffini, p. 61, qui soutient contre Hildenbrand l'authenticité de ce texte). Reich le rattache au droit germanique (*Rechtsverweigung*).

assez difficilement dans le for séculier; elle convenait mieux, par son caractère absolu, au *jus* ou à la *lex poli* (c'est-à-dire *coeli*) qu'à la *lex Fori*, et si elle avait l'avantage de prévenir quelques spoliations, ce n'était qu'au prix de la multiplication et de la prolongation des procès sur la propriété. Du temps de Balde, en dépit des prescriptions formelles de la Décrétale *Quoniam*, la pratique italienne n'en tenait pas compte (1). En France, il sembla un moment que le droit canon allait triompher (2), mais on distingua entre la prescription de dix et vingt ans pour laquelle bonne foi et le juste titre était indispensables et celle de trente ans, pour laquelle il ne fallait pas de titre et par conséquent, disait-on, pas de bonne foi (3). La seule satisfaction donnée aux canonistes fut de rejeter, pour la prescription de dix ans, la règle romaine : *Mala fides superveniens non nocet* (4).

9. — La **possession immémoriale** (5) ou la prescription de

— **X**, *de praescr.*, cap. ult. (20) : *quoniam omne quod non est ex fide peccatum est, sydonali judicio diffinimus, ut nulla valeat absque bona fide praescriptio tam canonica quam civilis, quum generaliter sit omni constitutioni atque consuetudini derogandum, quae absque mortali peccato non potest observari. Unde oportet ut qui praescribit in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae.* Cette Décrétale d'Innocent III n'est que le c. 41 du 4e Concile de Latran, 1215 (Hefele, *Conciles*, tr. fr., 8, 141).

(1) Hostiensis (contrairement à Bernard de Parme), Bartolet et Balde décident que la règle canonique doit être appliquée par les cours séculières, du moment où le salut de l'âme est en jeu. Mais Balde affirme que *de facto non servatur*. Gérard de Sienne, *De praescriptione* (œuvre dont nous n'avons que des extraits dans Jean, d'André, etc.). Cf. P de Ferrières, *Practica*, cité par Ruffini, p. 116. J. Faber, *Inst.*, *de usuc.*, 2. — Sur les coutumes italiennes, cf. Lattes, *Diritto consuetudin.*, p. 281. — Dr. allemand : Stobbe, I, p. 579.

(2) *Gr. C. de Fr.*, p. 198. Loysel, 730 : *Possesseur de malle foi ne peut prescrire* (note et bibl.). — *Siete Part.*, 3, 29, 12 (not.). — Struve, *Jurispr.*, éd. 1733, p. 134 : le droit canon est suivi dans les terres d'Empire et en Saxe.

(3) Gui Pape, Q. 416, 199 (Ferrière, sur la q. 416, constate que la pratique permet de prescrire par trente ans sans juste titre ni bonne foi). *Quaest. capellae Tolos.*, 74 (la bonne foi est-elle requise dans la prescription des actions personnelles ?) Pasquier, *Inst.*, p. 299. Lamoignon, tit. de la prescription. Domat, *Loix civ.*, 6, 7. Pothier, n° 34. Dunod, 1, 7, énumère les cinq opinions qui se sont produites sur le point de savoir si le droit canon doit être suivi de préférence au droit civil.

(4) Les théologiens se demandaient même si on pouvait retenir la chose usucapée sans commettre de péché. Buchereau, *Inst.*, p. 158. — Cf. la question de savoir si la prescription peut être suppléée d'office par le juge. Britz, p. 964.

(5) Ferrière, v° *Poss. imm.* Guyot, v° *Prescr.* Pasquier, *Inst.*, p. 303. *Digest. ital.*, *Ab immemor* (Schupfer). Stobbe, § 69 (bibl.). Britz, 1013.

cent ans (1), qui n'en est qu'une application, sert à établir, par exemple l'existence de droits seigneuriaux, de redevances privées ou publiques, de franchises locales. de droits d'usage dans les communaux ou les terres seigneuriales (2). Ou il n'y avait jamais eu de titres constatant leur formation ou les titres s'étaient perdus, chose des plus fréquentes au moyen âge; on démontrait que ces droits avaient été exercés *a tempore cujus memoria non exstat, cujus contrarii non existit memoria*, depuis cent ans et plus; des vieillards attestaient que de toute antiquité il n'en avait pas été autrement (3). Cette preuve dispensait du titre et de la bonne foi, ou plutôt on y voyait une présomption irréfragable de l'existence du titre. Au seizième siècle, et sans doute dans la pratique antérieure (4), *la possession immémoriale vaut titre* (5). Cette institution coutumière, à laquelle on a eu bien tort de vouloir rechercher des origines romaines (6), a eu un grand rôle dans la formation de la société féodale; c'est elle qui lui a donné ses lois et ses droits (7). Les canonistes et les régalistes l'attaquèrent par leur théorie des droits imprescriptibles qu'ils entendirent non seulement de la prescription ordinaire, mais de la possession immémoriale, dans laquelle cependant on ne voyait pas une véritable prescription (8) : *Qui a*

(1) Loysel, 726 et suiv. Dunod, 2, 13, les distingue. Biermann, *Trad.*, 25.

(2) Guyot, *loc. cit.* Pasquier, p. 303. Masuer, 22, 23. Elle s'appliquait, en particulier, aux servitudes discontinues. *Secùs*, Lamoignon, p. 214. Cf. Lalaure, *Servitudes*, l. 3. Ci-après.

(3) Détails dans Dunod, 2, 14. Stobbe, *loc. cit.*, Cf. **X**, 5, 40, 21, 26. Sexte, 2, 13.

(4) *Siete Part.*, 3, 29, 7 (note). Dunod, 2, 14, cite la glose.

(5) Loysel, 727. *Non tam est praescriptio quam titulus*, dit Dumoulin, *Cons.*, 26; cf. s. Paris, 12, 13, 14. *Cod. Fabr.*, 7, 13, 7. Legrand, s. Troyes, art. 61, gl. 5. Pothier, n° 281. D'où il suit qu'elle peut s'appliquer même aux droits que les lois déclarent imprescriptibles. Cf. ci-après.

(6) Dig., 39, 3, 1 et 2; 43, 20, 3, § 4

(7) Ci-dessus, p. 240. Brie, *Gewohnheitsrecht*, 1899. Gény, *Méthode d'interprét. et sources en dr. privé*, 1899.

(8) Cf. p. ex. Gui Pape, q. 357, 416; *a*) *jura superioritatis non praescribuntur* (alors que le régime féodal n'avait été qu'une longue presciption des droits souverains); *b*) controv. sur les *jura quae princeps possidet ut privatus*, comme les fiefs, etc. Masuer, 23, 13. Chopin, *De doman.*, 3, 9, 3; Bacquet, *Œuvres*, éd. 1744, I, 613 : contre le roi on ne peut prescrire par quelque temps que ce soit, même par cent ans. Ord. 1539, etc. Cf. Le domaine, t. I. Dunod, 3, 5. Lefevre de la Planche, *Dom.*, 12, 7. Imprescriptibilité des droits seigneuriaux, comme la directe, le cens, par ceux qui y sont sujets. Loysel, 735. *Coul. not. du Chât.*, 125. Paris, 123 et suiv. Masuer, 22, 7. Desm., 209.

mangé l'oie du roi, cent ans après en rend la plume (1). En 1850, la Coutume réformée de Paris en limite l'application jusque dans les matières privées en décidant, par exemple, que nulle servitude ne s'acquiert par longue jouissance (art. 186) (2). Elle a disparu des codes modernes ; il n'y avait plus de place pour elle sous un régime d'étroite règlementation et d'application générale de la preuve écrite.

10. — Les **prescriptions romaines. Prescriptions de 10 à 20 ans et prescription trentenaire.** La pratique romaine, au moment des invasions, ne connaissait guère que la prescription acquisitive de dix ou vingt ans et la prescription extinctive de trente ans (sans juste titre ni bonne foi) (3). Ces institutions se retrouvent à l'époque franque, non seulement dans les lois et documents romains (4), mais même dans ceux qui sont de caractère germanique, par exemple dans certaines formules et dans les lois où leur origine romaine n'est pas douteuse (5).

Gr. C., p. 308. Paris, 114 s. (rentes) Toulouse, 146. Sur l'imprescriptibilité des dîmes et les dîmes inféodées, cf. Loysel, 728, 729. Pasquier, p. 306. Desmares, 115. Masuer, 22, 18. Cf. L'Eglise et la dîme, t. I.

(1) Loysel, 726. Chaisemartin, *Prov*, p. 194.

(2) Ferrière, s. cet art. Lalaure, *Servitudes*, p. 239.

(3) Cod. Théod., 4, 13, 2; 4, 14, 1. Nov. Valent., III, t. 26 et 30, 34. Cf. Cod. Just., 7, 39, 3. Réformes de Justinien en 528 et 531. Cod. Just., 7, 39, 8, et 31, 1. Esmein, *Mélanges*, 215.

(4) *L. rom. Wis.* Cod. Théod., 4, 12 (13); Nov. Valent., 8 et 9 (*humano generi profunda quiete prospexit constituens post 30 annos nulla jurgia excitari*); Paul, 5, 2 (prescr. de 10 et 20 ans). Papien, 31; 39, 44. Edit. Théod., 12. Petrus, 3, 10. *Brachyl*, 2, 9, 10, 11. *R. Bourg de l'ens.*, 1874, 43.

(5) Les lois burg. et wisig. ne parlent que de la prescription de trente ans. *Burg.*, 79 (a. 515), éd. Salis, p. 103; cf. *ibid.*, 17. Sur l'interprétation de ces textes, voy. Zeumer, *Gesch. d. westgoth. Gesetzg.*, p. 400 (*N. Arch. f. ält. deutsch. Gesch.*, t. 23). Il y est question d'une prescr. de quinze ou douze ans *sine testiis* (sans protestation) et non *sine tertiis*. *Wis.*, 10, 2, et *Cod. Euric.*, 277 (50 ans, *sortes golice* et *tertia Romanorum*). Dahn, *Westgot. Studien*, p. 79. — *Dec. Childeb.*, 596, c. 3 : possession de dix ans entre présents, de vingt ans entre absents et par rapport aux orphelins ; en général, *tricenaria lex*. La *Praec.* de Clotaire II, c. 13, reconnaît la prescription acquisitive de trente ans au profit de l'Eglise, des clercs et des *provinciales* (Gallo-Romains, cf. Lœning, *D. Kirchen*, II, 284), pourvu qu'elle repose sur un juste titre (*Capit.*, éd. Boretius, I, 15 et 19). *Capit.*, I, 107, c. 17; 293, c. 9; 206 et 219; II, 25 (mention de la prescription de quarante ans opposée à l'Eglise). Schrœder, p. 378. Voy. les actes cités par Thévenin, *Textes*, Table, v° *Prescription* (c'est toujours la prescription de trente ans qui est visée; on se borne à dire que les intéressés ont été *legaliter vestiti* pendant trente ans, qu'ils ont possédé *quiete*). — Sur le droit lombard, cf. Schupfer, *Allodio*, n°s 41 et suiv. *Roth.*, 227, 231, s'occupe

L'usage a réalisé une réforme que Justinien dut faire à la même époque pour l'Orient, en transformant en usucapion la prescription extinctive de trente ans ; par cela même on lui donna le pas sur la prescription décennale ou vicennale qui exigeait des conditions assez difficiles à remplir (1). Dans les Coutumiers du treizième siècle, ces prescriptions, d'origine romaine, sont presques seules admises sous le nom de *longue tenue*. Pour la prescription trentenaire, on n'exige pas de juste titre, mais on a hésité au sujet de la bonne foi (2).

11. — Au **seizième siècle**, le droit coutumier est fixé (3); les Coutumes admettent, en général, deux prescriptions acquisiti-

de la possession de cinq ans, et Grimoald, 1 et suiv., introduit la prescr. de trente ans : qui peut prouver qu'il a possédé pendant trente ans est dispensé du duel dans le litige sur la propriété; il lui suffit de prêter serment. Cf. *Liut.*, 115 (la poss. de trente ans basée sur une charte fausse est sans valeur). Ratchis, 2. Aist., 9, 14. *Liut.*, 69 (40 ans entre parents); 77 (60 ans pour les choses du roi). D'après Schupfer, la possession de trente ans ne ferait pas acquérir la propriété, mais donnerait simplement un moyen de défense contre la revendication du propriétaire. Mais Albertus constate que la pratique ne l'entendit point ainsi : *cum prescriptione adquiritur dominium* (p. 141. éd. Anschütz).

(1) Cf. note précédente. Petrus, 3, 10 : le possesseur de mauvaise foi *dominus non erit, nisi per 30 annorum spatium*. Pertile, IV, 216.

(2) P. de Font., 368. Artois, éd. Tardif, p. 68; trente ans, d'après la coutume générale qui s'oppose à certaines coutumes locales qui ont maintenu la tenure d'an et jour, et au droit écrit, en vertu duquel il faut une possession de dix et vingt ans (cf. t. 26). Beaum., 24, 3, 4 : l'usage d'an et jour donne la saisine; la tenue de dix ans donne la propriété et la saisine, pourvu qu'elle repose sur une *cause soufisant* : l'usage de trente ans a le même effet, sans qu'il soit besoin d'alléguer de cause; cf. 8, 9; 16, 4; 20. *Jost.*, 15; 16, 2 : longue tenue paisible de sept ou dix ans et *de seigneur* (cette dernière condition est aussi visée par Beaumanoir). *Et. de Saint-Louis*, éd. Viollet, t. I, p. 111 (et les textes cités). *Summa Norm.*, 52, 7; 111, 13 (30 ans). *Gr. C.*, 2, 8. Desmares, 232. Bout., I, 47, 48. Masuer, t. 22. *Const. du Châtelet*, § 53 (note, éd. Mortet). *NRH*, 8, 335. *Cout. d'Anjou*, éd. Beaut. B.

(3) En dehors des écrits des romanistes, voy. la *Confér. des Coutumes* de Guénois, II, 6. Ferrière, s. Paris, Table, v° *Prescription*. Loysel, 711 et suiv. L'Hommeau, 244 et suiv. Domat, *Loix civiles*, 3, 7. Dunod, *op. cit.* Pothier, *id.* Ferrière, Guyot, *h. v°*. — Serres, *Inst.*, 2, 6 (p. 157, éd. 1771) : dans les pays de droit écrit on ne peut acquérir les immeubles non plus que les meubles que par une prescription de trente ans (par suite d'une fausse interprétation de la Nov. 119, c. 7, d'où a été tirée l'Auth. *malae fidei*, Cod. Just., de *praescr. X vell XX ann.*) Julien, *Elém. de Jurisp.*, p. 181; sur Provence, Prescr. — Bibl. dans Brillon, *Dict. des Arr.*, v° *Prescr.* Britz, p. 962. — Sur la prescription appliquée aux meubles, cf. ci-dessus, p. 220, t. II. Britz, p. 1028. Struve, *Jurispr.*, p. 141.

ves, celle de dix à vingt ans (1) avec juste titre (2) et bonne foi (durant toute la possession) (3) et celle de trente ans sans titre ni bonne foi (4). La possession ne conduit à la prescription que si elle est paisible (5), publique (6), à titre non précaire (7) et si elle a duré (8) sans interruption pendant le temps re-

(1) Dix ans entre présents et vingt ans entre absents. J. Faber, *Inst., de usuc.*, 8 et suiv. Plusieurs systèmes : 1° *Dr. commun.* Les parties sont réputées présentes quand elles sont domiciliées dans le même diocèse, *Et. de saint Louis*, II, 161, dans le même baillage ou sénéchaussée (Pays de coutumes), dans le ressort du même Parlement (Pays de dr. écrit). Loysel, 717. Paris, 116. — 2° *Coul. exceptionnelles.* C'est la proximité de l'immeuble prescrit qui décide de la présence ou de l'absence. Sedan, 313 : sont présents ceux qui demeurent à dix lieues près de l'immeuble. Même syst. dans le Code civil, 2265. — 3° Serres, p. 159 : absence dors du royaume *reipublicae causa* (Parl. de Toulouse). Cf. Bout., I, 20, 47.

(2) Beaum., 24, 4. *Gr. C.*, 2, 8. Desm., 232. Paris, 113 et suiv. On se contentait, en général, du titre putatif, parce que le juste titre n'était requis que comme un élement de la bonne foi. Paris, 114.Dunod, p. 12. Pothier, n° 97. *Secùs*, Lemaître, s. Paris, 6, 1, 1. D'Argentré, s. Bret., 266, 1, 6. C. civ., 2265. — Sur le titre vicieux, cf. Dunod, p. 47. — Buchereau, *Inst.*, p. 161.

(3) En pays de droit écrit, il suffit, comme en droit romain, que la bonne foi ait existé au moment de l'acquisition. *Sic.* C. civ., 2269. — Dans les pays de Coutume, on exige en principe, d'après le droit canon, la persistance de la bonne foi durant toute la possession ; mais, en fait, il faudrait que la mauvaise foi survenue au cours de la possession fût bien établie pour empêcher l'usucapion. Ce point de vue pratique nous semble décisif en faveur de l'opinion admise par le Code civil. Lamoignon, p. 213. Cf. J. Faber, *Inst.*, f° 37. Struve, *Jurisp.*, p. 239.

(4) Orl., 161. Pothier, n° 179. Dunod, p. 107. *Add.* Prescription de vingt ans entre présents ou absents, avec ou sans titre. Ponthieu, 116 Boulonnais, 121. Autres variantes. Britz, p. 972.

(5) Desmares, 232 : *sans inquiétation.* C'est-à-dire non interrompue civilement. Pothier, n° 38. *NRH*, 1875, 534. Sur le trouble de fait et le trouble de droit, cf. Argou, 2, 10. Ferrière, *h. v°. Supra*, Possession. C. civ., 2229, 2233. — Les choses volées ou occupées par la violence ne sont pas imprescriptibles; on les prescrit par trente ans. Serres, 2, 6, 2. Cf. Landsberg, p. 207 (Glossateurs).

(6) Sur la clandestinité, cf. Possession. Melun, 170. Orl., 253. Pothier, n° 28; Dunod, p. 31, admettent que l'on doit se placer au début de la possession pour décider si elle est publique ou clandestine. Guyot, v° *Prescr.*, § 17.

(7) Les simples détenteurs (usufruitiers, fermiers, etc.) ne peuvent pas changer la cause de leur possession. L'état de précarité subsiste indéfiniment *etiam per mille annos.* Sur l'intervertion du titre, cf. Argou, 2, 10. Dunod, p. 36. Pothier, n° 35. C. civ., 2236 et suiv. — Actes de simple tolérance. C. civ., 2232. *R. crit.*, 1880, p. 450. — Sur les actes de pure faculté, cf. Pothier, I, 338 (éd. B.). Dunod, p. 80 et suiv. L'Hommeau, 285. Guyot, v° *Prescriptions*, § VII. Britz, p. 967. Struve, *Jurisp.*, p. 140.

(8) L'interruption de prescription (Desjardins, *NRH*, 1877, 293) résulte en

quis (1). On peut joindre à sa possession celle de son auteur (2). Une fois acquise, la prescription donne la propriété (3), et comme rien ne s'oppose à ce qu'un propriétaire se dépouille de son bien, celui qui a prescrit peut renoncer au bénéfice de la prescription ; au contraire, une renonciation anticipée ne serait pas licite (4). A la différence des courtes prescriptions, celle de dix à vingt ans ou de trente ans ne courent ni contre les absents (5) ni contre les mineurs (6). Elles ne sont pas opposables non plus aux

général d'une demande judiciaire ou ajournement (Arr. 22 janv. 1655). On se demandait si la bonne foi cessait par la réception de cette demande. Ord. 1539 ; 1667, 2, 1. D'Argentré, s. Bret., 266. Par exception, dans certaines provinces, la sommation extrajudiciaire eut le même effet. Salviat, *Jurispr. de Bord.*, p. 400. Dunod, I. 9. Bien plus, des actes très distincts de l'assignation, le commandement et les saisies, lui furent assimilés à cet égard. Pothier, *Oblig.*, 697. Sur la reconnaissance, cf. Dunod, p. 58. — Toulouse, 146. *L. d. droiz*, nos 420 et suiv.

(1) *Probatis extremis praesumitur media.* Britz, p. 966.

(2) Dunod, p. 19 (C. civ., 2235). Argou, 2, 10 : celui qui veut prescrire peut se servir, si bon lui semble, de la possession de ses auteurs et la joindre à la sienne ; il peut aussi se servir de sa seule possession et rejeter celle de ses auteurs. L'Hommeau, 249 et suiv. (la mauvaise foi du prédécesseur nuit à l'héritier). Sur la doctrine des Glossateurs, Landsberg, p. 191. Thévenin, n° 25.

(3) *Gr. C.*, 2, 8 : héritage ainsi possédé et deschargé de toutes charges et mesmement de hypothèques, mais non mye de chief cens ou fons de terre, en quoy l'on ne peult prescrire contre seigneur. Desm., 106, 222. *Cout. not.*, 99, 130, 125, 152. — Dans les pays de droit écrit comme dans les pays de coutumes, l'acquéreur d'un immeuble prescrit les hypothèques qui le grèvent par la possession de dix à vingt ans. Serres, p. 157. L'Hommeau, 269 : l'action hypothecquaire conjointe à la personnelle prescrit par trente ans en pays coutumier et par quarante ans en pays de droit écrit. Serres, *ibid*, affirme que cette prescription de quarante ans de l'action hypothécaire par le débiteur n'a jamais été admise par la pratique. Guyot, *Prescr.*, § 11. Glasson, VII, 353.

(4) Dunod, p. 112 (bibl.). Masuer, 22, 22.

(5) C'est-à-dire ceux qui ont disparu. Bout., I, 27. Ci-contre, p. 303, t. II, n. 1. Guyot, v° *Prescr.*, § 14 (absents), 15 (fous), 16 (mineurs). Britz, p. 1001.

(6) D'après notre ancienne jurisprudence, la prescription est suspendue tant que celui contre qui elle est dirigée se trouve dans l'impossibilité d'agir et, par suite, de l'interrompre, car on n'a rien à lui reprocher : *contra non valentem agere non currit praescriptio.* Règle qui semble venir du droit canon (Gratien, II, 16, 3, 13 et suiv.), qui est en harmonie avec l'esprit de ce droit en matière de prescription et qu'on a rattachée à la glose sur la l. 1, § 2, Cod. Just., *de annali excepl.* On ne parvint pas à s'entendre sur son application. Masuer, p 385, éd. 1600. Gui Pape, *Q.*, 416. Dunod, p. 62. Pothier, n° 22 ; *Oblig.*, n° 680. Domat, *Loix civ.*, 3, 7, 5. Les canonistes décidaient que *praescriptio dormit tempore hostilitatis, cum jura in civitate non redduntur.* Fallait-il appliquer cette solution au cas où des obstacles de caractère moins absolu entravaient l'exercice de l'action (minorité,

personnes privilégiées, telles que le roi, les Communautés, l'Eglise (1). Contre l'Eglise, on trouve communément admise la prescription de quarante ans (2); contre le Saint-Siège ou contre le roi, celle de cent ans (3). Ces dérogations au droit commun ont cessé d'exister; on peut en dire autant, non pas des règles qui concernent les choses imprescriptibles, par exemple les droits de souveraineté (elles ont été maintenues pour la plupart) (4), mais des coutumes et de la jurisprudence en matière de fiefs, de censives et de bénéfices ecclésiastiques (5). Les anciens feudistes tenaient avec logique pour l'imprescriptibilité dans les relations entre seigneur et vassal ou censitaire. Dumoulin pose encore en principe que le *seigneur et le vassal ne peuvent prescrire l'un contre l'autre*. Au dix-huitième siècle, on ne voit là qu'un préjugé, et depuis longtemps la règle se trouvait presque annihilée par les dérogations qu'on ne

absence, ignorance, etc.)? C. civ., 2251. On reconnaissait au roi le droit de relever la prescription pour justes causes. Masuer, 22, 1. Sur les droits des mineurs, cf. ci-dessus, p. 163, t. II. Divergences entre les Glossateurs, détails dans Landsberg, p. 201. Loyseau, *Déguerpiss.*, 3, 2. *Action en déclaration d'hypothèque* imaginée pour permettre d'interrompre la prescription de l'hypothèque, l'action hypothécaire ne pouvant être intentée qu'après la discussion des biens de l'obligé. Ferrière, *h. v°*. — La prescription court-elle contre la femme mariée? Ci-après, Glasson, VII, 356.

(1) Desmares, 232, *Gr. C.*, p. 199 : trente ans contre le roi, quarante contre l'Eglise, cent contre le pape. Laurière, s. Paris, 123 Autres personnes privilégiées dans l'ancien droit : les croisés. Loysel, 731 (bibl.). Bridrey, Thèse, 1899. Cf. Juridiction ecclesiastique, t. I. Bout., I, 47. — Ordre de Malte. Bourjon, I, 1093. Guyot, v° *Malte*. Brillon, v° *Prescr* Britz, p. 992.

(2) Divergences entre le droit théodosien (Gratien, 2, 16, 3; **X**, 2, 26), le droit justinien (Nov. 9 : 100 ans; **X**, 2, 26. 13; Nov. 111, 131 : 40 ans. Hincmar, *Op.*, II, 737), et enfin la loi lombarde (Aist., 9). *Capit.*, V, 389; cf. Auth. *Quas actiones*, Cod. Just., *de sacros. Eccles.*, tirée de la Nov. 131, c. 6; Julien, *Epit.*, 119, 6. Arles, dans Giraud, II, 1. J. Faber, *Inst.*, f° 37 v°. Loysel, 722, 729, 736 (bibl.). Canonistes et Glossateurs discutent. Landsberg, p. 198. Gui Pape, *Q.*, 161 Ruffini, *Buona Fede*, p. 36. Desjardins, *Aliénation et prescription des biens de l'Eglise dans le droit du Bas-Empire et dans le droit des Capitulaires* (*Rhdr.*, VI, 254). Dunod, *De l'alién. et prescr. des biens d'Eglise*, à la suite de son traité des *Prescr.* Ordonnances, Masuer, 22, 21.

(3) Loysel, 725 et suiv. Gratien, *Decret*, II, 16, 3, 17. Biermann, *Trad. f.*, 25.

(4) Théorie des Glossateurs; cf. Landsberg, p. 196. *Res prohibita est alienari ergo et usucapi*. Sur le fonds dotal, Masuer, 22, 4. J. Faber, *Inst*, f° 38. Rouss. de Lacombe, *Rec. de jur. civ.*, v° *Prescr.*, *in f.* — Ci-contre, p. 299, t. II. Guyot, § 21. Bourjon, t. I, p. 1093.

(5) Guyot, v° *Prescr.*, § 36. Dunod, p. 300 à 408.

cessait d'y apporter. Selon Dumoulin lui-même, la possession centenaire n'était point prescrite; à l'égard du seigneur, la prohibition de prescrire le fief était réduite au seul cas de saisie féodale; par la voie de la prescription, il était possible de transformer le fief en censive. Il n'en subsistait guère que l'idée que le vassal n'était qu'un possesseur précaire et ne pouvait, seul, changer la cause de sa possession. La nature du bail à cens s'opposait à ce que le censitaire prescrivit la libération du cens, en cessant de le payer, et ne fit ainsi de sa censive un alleu; néamoins, certaines Coutumes (Auvergne, Bourbonnais) portaient que le cens se prescrit par trente ans, et partout les arrérages, la quotité du cens étaient prescriptibles (1).

Dans le droit français actuel, la prescription a la même raison d'être qu'à l'époque romaine; elle consolide la propriété parce qu'elle en rend la preuve facile (2); les conditions de temps ou autres auxquelles elle est subordonnée empêchent qu'elle ne dégénère en spoliation (3). Quoiqu'elle ait perdu de son utilité, elle est encore une pièce nécessaire dans notre système de propriété foncière. On n'est parvenu à la supprimer que dans les systèmes dits d'*immatriculation* (comme l'*Act Torrens*, la loi prussienne du 5 mai 1872), où la question de propriété se réduit à savoir si l'on est inscrit ou non sur les registres publics.

§ 6. — *Acquisition de la propriété immobilière. — La tradition.*

1. — Le **transfert conventionnel** de la propriété s'opérait à Rome par voie de tradition : *traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis, transferuntur* (C. J., 2, 3, *De pactis*,

(1) Ci-dessus, p. 300, t. II. Loysel, 735. Guyot, v° *Prescr.*, § 26 et suiv. (bibl.).

(2) Elle ne suffit pas dans la pratique pour atteindre ce résultat. Voy. dans Aubry et Rau, *Cours de droit civil*, II, 219, le système organisé par la jurisprudence française afin de simplifier encore la tâche du propriétaire. Sur l'existence d'une action publicienne dans notre droit, cf. Appleton, *Hist. de la propr. prétor.*, 1889. E. Lévy, Thèse, 1896.

(3) Discussion entre nos anciens auteurs pour savoir si la prescription était de droit naturel (d'Argentré, s. Bret., 14, 10. Puffendorf, *Dr. de la nature*, 12, 9. Vattel, *Dr. des gens*, 2, 11. Dunod, 1) ou de droit civil (Cujas, s. l. 1, Dig., *de us.* Grotius, *de j. belli*, 2, 4. Pothier, n° 20). Les partisans de cette dernière opinion en refusaient le bénéfice aux étrangers. Denisart, v° *Etranger*, 9. Ils admettaient aussi qu'une obligation naturelle survivait à la prescription. Guyot, v° *Prescr.*, § 19.

20). Le Code civil, au contraire, n'exige ni tradition, ni aucun autre acte matériel; la propriété se transmet par le simple consentement (art. 711, 938, 1138, 1583). Le contrat, vente, donation, etc., en vertu duquel cette transmission a lieu, était tout au plus productif d'obligations dans la doctrine romaine; nos anciens auteurs le qualifiaient de *titulus ad adquirendum*; il est devenu un *modus adquirendi*; il donne à la fois, en même temps, une créance ayant pour objet le bien aliéné et la propriété de ce bien; et comme ce dernier droit rend la plupart du temps le premier inutile, c'est lui seul que l'on considère. La théorie moderne se trouve être le contre-pied de la doctrine romaine; nous devons rechercher comment elle s'est formée.

2. — **Epoque franque** (1). — Le principe de la législation germanique n'est point autre que celui du droit romain : pas de transfert de propriété *solo consensu* (2), nécessité d'une remise matérielle ou tradition. Il s'explique, comme on le verra à propos des contrats, par des raisons tirées de la psychologie populaire ou des relations entre familles, relations d'où est sorti, pour une grande part, le droit primitif. Aux yeux de l'homme du peuple, une simple déclaration verbale n'a pas grande importance; elle ne le lie, elle n'est reconnue par la loi qu'autant qu'elle s'explique, s'affirme et s'établit aux yeux de tous par une manifestation extérieure; la volonté doit, en quelque sorte, s'incarner, prendre corps dans une formalité pour être reconnue; le cérémonial du serment où la formule s'accompagne encore d'un geste est un vestige persistant des vieux usages; et, autrefois, les formalités étaient d'autant plus nécessaires qu'il

(1) Bibliographie. — Schrœder, p. 273, n. 55 et 705 (bibl.). — Sohm, *Z. Gesch. d. Auflassung* (*Festg. f. Thöl.*, 1879); ZSS, I, 14 et suiv. Stobbe, *Aufl.* (*Ihering's Jahrb.*, 12 137); *Handb.*, § 94. — Lehmann, *Altnord. Aufl.* (*ZSS. GA*, 1884). — Heusler, II, 65. — Huber, IV, 701. — Laband, *Verm. Kl.*, 235, 292; *KVJ*, 15, 403. — Brunner, *Grundz.*, 172; *Rœm. u. Germ. Urk.*, I, 263; *Carta et notitia*, dans les *Comm. in honor. Mommsen*, 1877. — Haiss, *Traditio*, 1876. — Bewer, *Sala*, 1880. — Schupfer, *Allodio*, 1885. — Tamassia, *Alienaz. d'immob.*, 1887. — Wessels Boer, *Eigendoomsverdracht* (Néerlande), 1887 — Immerwahr, *Verschweigung*, 1895 (*Unters.* de Gierke). — Glasson, III, 134. — Viollet, 450.

(2) Le seul consentement ne suffit pas même pour créer des obligations. Quelques formules de droit romain vulgaire pourraient faire croire le contraire, par exemple Rozière, I, n° 160 : *sola voluntas aut scriptura aut testibus comprobata pro omni firmitate sufficiat.* Marculf, 2, 19. *Roth.*, 183. Mais cf. textes ci-après.

s'agissait de régler les rapports entre deux groupes importants comme étaient les anciennes familles (1).

3. — **Investitureréelle.** — La tradition fut, à l'origine, d'une extrême simplicité, sans aucun élément artificiel ; elle comportait deux actes : 1° l'*appréhension* ou prise de possession du fonds par l'acquéreur (2) ; il s'y transportait en personne, s'y installait, y faisait des actes de maître (3) ; 2° le *déguerpissement* (4) ; l'aliénateur, après l'y avoir introduit, se retirait, délaissait le fonds en déclarant qu'il renonçait à ses droits ; le tout avait lieu publiquement, c'est-à-dire en présence de témoins (5). La

(1) Sur l'origine du principe, cf. Zallinger, *Wesen u. Urspr. d. Formalismus*, 1898. Heusler, I, 65.

(2) *L. Rib.*, 60, 1 : *Si quis villam aut vineam .. comparaverit, si mediocres est, cum sex testibus et si parva cum tres, quod si magna, cum duodecim, ad locum traditiones cum totidem numero pueros accedat, et sic eis praesentibus precium tradat et possessionem accipiat et unicuique de parvolis alapas donet et torquet auriculas ut ei postmodum testimonium praebeant.* Cf. *Bai.*, 15, 2 ; 17, 2. *Burg.*, 60, 2. Mentions dans les actes : *tradidit .. factum est super ipsam terram. Cart. de Redon*, n° 22. Thévenin, *Textes*, Table, v° *Tradition réelle* ; acte de 848, n° 81, 82. Pollock et Maitl., II, 88. Cf. *L. Sal.*, 46 (affatomie) : *sessio triduana* (Geffcken, bibl.). Actes de 835 et 846, donation du comte Vivien à l'abbaye de Cunauld, comté d'Angers, et tradition par son *advocatus*. Raynald, dans Juenin, *Hist. de Tournus*, 1733. Preuves, p 84. — Sur la fixation des limites du fonds aliéné, cf. *Bai.*, 17, 2 et tit. 11. *Alam.*, 81. Grimm, *RA*, 527, 542. Voy. aussi *Liber Term.* (1re moitié du XIVe s.) cité par de Ribbe, *Soc. provenç.*, p. 185. Ci-contre, p 244, t. II. Glasson, *Gr. Encycl*, v° *Bornage*. Schrœder, p. 59. Thévenin, n° 158, etc. Formules courantes pour un domaine : *terris, domibus, aedificiis, mancipiis, vineis, pratis, pascuis, campis cultis, incultis, aquis aquarumque decursibus*, etc., *rem exquisitam* (ou *inexquisitam*). Cf. Thévenin, n° 124. *Et. de saint Louis*, I, 138. Bout., p. 211, 268, 366, 775. *Jost.*, p. 149 et suiv.

(3) Il se peut que, de très bonne heure, la prise de possession se soit simplifiée et réduite à la remise à l'acquéreur d'une motte de terre, etc. Quand il s'agissait d'un domaine un peu étendu, c'était presque une nécessité.

(4) *Werpitio, exfestucatio, resignato. Me exinde foras expuli et absasito feci ; sibi foras exitum, alienum vel spoliatum esse dixit.* Ci-après — On ne cite pas de formules sacramentelles. Cf. Grimm, *RA*, p. 52 (formules), 555. *L. Sal.*, 58.

(5) *In presentia omnium*, etc. (marché, tribunal), *coram testibus legitimis. Rib.*, 59, 60 (le nombre des témoins varie selon la valeur de l'objet ; il en faut 12, 7 ou 3 ; on y joint autant d'enfants auxquels on donne des soufflets et on tord les oreilles). *Bai.*, 16, 2 (*testes per aurem tracti*). *Burg.*, 43, 1 ; 60 ; 99. *Roth.*, 172 (*non absconse, sed ante liberos homines*). *Wis.*, 5, 4, 3 ; 2, 6. Capit. 803, 6, etc. *L. Rom. Cur.*, 8, 5, 1 Chaisemartin, *Prov.*, p. 210 : *qui veut acheter la terre doit appeler les gens.* Grimm, *RA*, 4e éd., Index, v° *Zeuge*. Brunner, *Forsch.*, p. 88 ; *Gerichtszeugniss*, dans *Festg. f. Heffter ;*

parole et le geste s'unissaient ainsi en une opération indivisible appelée en latin *traditio* ou *vestitura*, en langue germanique *sala* (1).

4. — La **tradition symbolique** (2) s'établit de bonne heure à côté de l'investiture réelle et finit même par la supplanter (3). Les actes matériels qui constituaient la forme originaire de la tradition et qui s'accomplissaient sur le fonds lui-même se simplifièrent : l'acquéreur se borna à recevoir de l'aliénateur des symboles (4) variant selon les peuples (5) et qui peuvent se classer en deux groupes : — *a*) les uns représentent le fonds lui-même dont ils sont détachés (6) : la partie est prise pour le tout ; tels sont la motte de terre (trad. *per wasonem, per cespitem*), la branche d'arbre (*per ramum*), le couteau qui a servi à les couper (7), la pierre de la maison ou l'huis et le gond, le

Urk., I, 230 (souscription des témoins dans les actes). Schupfer, p. 142 et suiv. *Cart. de Redon*, n° 46, etc.

(1) *Sala* (got. *saljan* = *tradere, vendere*). — Grimm, *RA*, 554. *Capit.*, I, 380, *vers. francica* : *sala salunga*, traduit *traditio* : *vestitura* est rendu par *geuueri* (ci-contre, *Gewere*, possession) On réserve souvent le nom de *sala* à la vente dont la tradition n'est que l'exécution ; mais tel ne paraît pas être le langage des textes. D'ailleurs, nous pensons (ci-après, Contrats) que la vente purement consensuelle n'était pas obligatoire dans l'ancien droit germanique ; elle ne le devenait que par l'exécution totale ou partielle, de sorte qu'elle se confondait le plus souvent avec l'investiture. Cf. Sohm, p. 103. L'inexistence d'une *justa causa traditionis* n'aurait pas empêché celle-ci d'être valable (cf., à Rome, doctrine de Julien).

(2) Pérard, *Rec. de pièces p. l'hist. de Bourgogne*, p. 22 (a. 840), 25 (*inter altare et corpus Benedicti tradidit*) ; p. 57 (a. 882) ; cf. p. 33 (a. 756). *Cart. de Redon*, n° 165 (a. 832). Form. Lindenbr., 18, 55, 27, 58, 75, 82, etc. Mabillon, *De re dipl.*, p. 542 (a. 870). Mollenbech, *De trad. symbolica*, 1708 ; Schaumburg, *id.*, 1727.

(3) Vers le dixième siècle, l'investiture réelle ne suffit pas pour le transfert de la propriété ; cf. ci-après, Epoque féodale.

(4) Sur le symbolisme en droit germanique, cf. ci-après. Contrats Grimm, *RA*, 110. Michelet, *Orig.*, p. 114. Thévenin, *Textes*, p. 263. Du Cange, v° *Investitura*, etc. — Kraut, *Grundriss*, n°s 15 à 27. Heusler, I, 65. Schrœder, p. 59. Zallinger, *Wesen u. Ursprung des Formalismus im altdeutsch. Privatr.*, 1898. Huber, IV, 702.

(5) *Cartul. Langob.*, *MGH. LL.*, IV, 595 (ci-après).

(6) On finit, d'ailleurs, par prendre des objets quelconques, *corporeum quodlibet*, détachés ou non du fonds. Sohm, p. 94, n. 3 (on remet une pierre du chemin, etc.).

(7) *Cart. de la Sainte-Trinité du Mont* de Rouen, p. 455 : *haec donatio facta est per unum cultellum quem res* (Guillaume le Conquérant) *joculariter dans abbati quasi ejus palmae minatus infigere, Ita, inquit, terra dari debet*. Dans beaucoup d'actes, on lit : *mittere terram super altare*

vase plein d'eau (pour un étang), la corde de la cloche d'une église, etc. (1); — *b*) les autres expriment la puissance qu'on a sur la chose aliénée : c'est la main, le gant (*manus vestita*) (2), la lance, la flèche (3), la *festuca*, etc. Ce dernier symbole, en

per cultellum On a encore des chartes auxquelles sont attachés des couteaux. Pollock et M., II, 87, 89.

(1) Sur ces divers symboles, cf. Grimm. p. 110. Michelet, *Orig.*, p. 116. Dans l'antiquité, le vaincu livre sa terre au vainqueur en lui présentant de l'herbe *herbam porrigere*). Pline, *Nat., hist.*, 22, 4. Saint Augustin, cité par Fournel, *Adultère*, p. 194. Sur l'*herba pura* des féciaux, cf. *Liv* , 1, 24. Cf. *L. Sal.*, 58 : *chrenecruda* (Geffcken, p 217). *Mélusine*, 5, 145 : 1898, p. 33. — Gaius, IV, 16, 17 : *ex grege una ovis in jus adducebatur, vel etiam pilus inde sumebatur et in jus adferebatur ; ex fundo gleba, ex aedibus tegula. Bai.*, 17, 2 : *tollat de ipsa terra, vel aratrum circumducat, vel de herbis aut ramis, silva si fuerit : ego tibi tradidi et legitime firmabo per ternas vices. Dicat haec verba et cum destera manu tradat. Alam*, 81 (84) (cité p. 238, t. II, ci-dessus, avec l'indication inexacte, 12, 8) : procès sur les limites ; on prend une motte du champ litigieux, on y plante des branches coupées aux arbres qui s'y trouvent ; au moment du duel, les plaideurs touchent de leurs épées la motte de terre ainsi préparée. Michelet, p. 117 (persistance d'usages de ce genre en Flandre) : le maître du fonds donné ou vendu y coupait avec un couteau une motte de gazon de forme circulaire et large de quatre doigts ; il y fichait un brin d'herbe, si c'était un pré ; si c'était un champ, une petite branche de quatre doigts de haut, de manière à représenter le fonds cédé, et il mettait le tout dans la main de l'acquéreur. Ces signes pouvaient être produits en justice ; aussi on les gardait avec soin dans les églises. *Mélusine*, VI, 41 (entrée solennelle à Paris de Henri d'Anjou comme roi élu de Pologne). Sur la fraternité par le gazon, cf. Michelet, p. 195, 206 (ci-dessus, p. 146, t. II) Sur la *scolatio*, jet de la terre dans le sein de l'acquéreur, voy. Du Cange, *h. v°*, **X**, 1, 4. 2. *L. Sal.*, 58 (*terrae pulverem*). Biermann, *Traditio ficta*, p. 131. *ZSS. GA*, 1890, p. 255 (motte de terre jetée dans le manteau de l'acheteur en présence de témoins ; après quoi les deux parties se prennent la main droite et se saisissent la barbe en disant que la propriété de l'acquéreur sera aussi solide que la barbe est solidement attachée au menton. — Epée fichée en terre, en 1680) ; 1892, 276 (*span* et *rasen* en 1819). *Cart. de Saint-Père* de Chartres, I, CXXIV ; de Cluny, n° 10, etc. *NRH*, 1885, 206.

(2) *Per ostio et anaticula* ou *et axadoria*, huis et gond. Ci-après, Droit anglais.

(3) Sur le symbolisme de la main, cf. ci-dessus, *Mundium*. Investiture par simple *Handschlag*, en donnant la main, Pérard, p. 152 (a. 875). Sur la *manus vestita*, cf. Hensler, I, 96. Amira, 138. Le gant n'est pas seulement un symbole en usage pour la formation des contrats, c'est un symbole d'investiture : *per wantonem*. Au lieu du gant, on se sert aussi du gantelet (?). *w(andelanc)* : *per festucam atque andelangum, per wadium et andelangum*. Du Cange, *h. v°*. Grimm, *RA*, 198 (contr.). A moins que l'on ne traduise *andelang* par poignée de main (*hand*, main ; *langen*, saisir) En Saxe, la déclaration se fait *curvatis digitis*. Schrœder, p. 59. Amira, *Dresden. Bilderhandschrift des Sachsenspiegels*, 1902 (on est frappé du soin avec lequel les mouvements des mains et du corps sont dessinés ; l'artiste a grossi

usage surtout chez les Francs, est employé à la fois pour le transfert de la propriété et pour la formation des contrats (1).

Ces procédés permettaient aux parties d'accomplir la tradition en dehors du fonds, en justice, par exemple, et le délaissement de l'immeuble se réduisit alors à une simple déclaration confirmée par le jet de la *festuca* (*per festucam se exitum dicere, se absacitum facere*) (2), *exfestucatio*, *warpitio*, *resignatio* (cf. l'*Auflassung* du droit allemand du moyen âge.).

5. — La tradition symbolique s'est tout d'abord présentée, à ce qu'il semble, sous la forme de **tradition en justice** (3). Devant le tribunal du roi franc (4), dans les procès en revendication immobilière (5), la partie perdante était tenue d'opérer immédiatement la restitution du fonds au gagnant ; elle le délais-

les mains, allongé les doigts, afin qu'on se rendit bien compte du geste prescrit par l'usage). *Annal.* d'Einhard, *ad. a.* 776. *Capit. de part. Saxon*, 27 (I, 70).

(1) Schupfer, p. 148. *Roth*, 167, 172, 375, 386. *Liut.*, 54. Ci-après. Investiture des fiefs. Investiture *per baculum*, *fustem*, *calamum*, *lignum*, *veru*, *virgam*. Du Cange, *h. v°*. La *festuca* sert surtout pour le délaissement ; en ce cas, elle est jetée. Rozière, *Form.*, 286 (Sens, 19) : *per manibus... vel herba vel terra... tradidisset et per suum fistucum contra ipso illo exinde exitum fecit.* Thévenin, n° 137. Mais, quoi qu'on en ait dit, elle est aussi employée comme symbole de la mise en possession (tradition *per baculum*) ; cf. *Form. Lindenbrog.*, 18 (*per cartulam sive per festucam atque per andelangum tradimus*), etc. *Cartul. Langob.*, 2. Ragueau, v° *Fust. Rain.* Sur la nature, le rôle de la *festuca*, controv. Cf. ci-après, Contrats (bibl.). *Cart. de Saint-Bertin*, n° 29. *L. Rom. Cur.*, 24, 2 (Paul, 2, 3, 1) : *per ista estipula omne ista causa dimitto.* D. Vaissete, *Preuves*, n° 64. Le moine renonce au monde *cum stipula*. Dans le *Roman de Renart*, le roi, prenant un brin de paille, pardonne à Renart toute offense Les *Proceres Francorum* déclarent, en jetant la *festuca*, qu'ils ne reconnaissent plus Charles le Simple pour leur *senior*. Pertz, *MGH. SS*, IV, 124. La *festuca* est remplacée quelquefois au douzième, au treizième siècle, par un fil du vêtement, un poil de la barbe. *Ibid.*, II, 374. *Ord. des Maiours*, p. 318, 322 (*NRH*, 1878).

(2) Cf. note précédente. Au tit. 58 de la L. Sal., *de chrene cruda*, l'insolvable jette de la terre sur ses parents ; il s'éloigne ensuite, c'est-à-dire délaisse la maison et l'enclos, en franchissant la haie qui sert de clôture. Geffcken, *L. Sal.*, p. 217. On ne mentionne pas le jet de la *festuca*. — *App. Marculfi*, 19. Thévenin, *Textes*, n°s 136, 141, 148, etc. — Sur la tradition à un tiers (*Salmann*) qui est chargé de remettre la chose au destinataire, cf. Stobbe, *ZRG*, VII, 405. Thévenin, n° 124. Ci-après, exécuteurs testamentaires, Affatomie.

(3) Ex. : Thévenin, *Textes*, Table, v° *Tradition* (n° 132, etc.). — Il est clair que la tradition symbolique n'est point par elle-même un acte judiciaire, pas plus que l'investiture.

(4) Pertz, *Dipl.*, I, M. 35 (a. 658), 73 (a. 709 procès fictif) ; A. 16, 18, 21, 22 (a. 746-750). Cf. Hübner, *ZSS. GA.*, 1891. Stutz, *ibid.*, 1896, 154.

(5) Ci-dessus, p. 239, t. II. *Add.* Schupfer, p. 110.

sait *per festucam*. Même procédure à la fin du huitième siècle devant les tribunaux ordinaires (1). Et l'on ne dut pas tarder beaucoup à regarder comme régulière la tradition symbolique effectuée en dehors de la justice (2). Il ne semble pas que l'on ait rendu obligatoire la tradition *in malo* (3). Le Capitulaire de 809, c. 26, se borne à proscrire les traditions clandestines (*de traditionibus ut in abscondito non fiant propter contentiones diver-*

(1) D. Vaissete, *Preuves*, n° 5 (a. 781). *Trad. Fuld.*, a. 819 : *facta haec traditio in conventu publico coram comite et judicibus suis.*

(2) D'après Sohm, p. 91, la validité de la tradition symbolique extrajudiciaire n'aurait été reconnue qu'au milieu du neuvième siècle; le Cap. de 817, c. 6, considérait encore comme nécessaire l'investiture réelle, puisqu'il obligeait l'auteur de la tradition à donner des *fidejussores vesliturae*. Mais j'ai peine à regarder cet argument comme décisif. Les *fidejussores vesliturae* ne sont nécessaires que si la tradition est faite au loin. Déjà la tradition *per cartam* était admise avec plein effet dans la législation barbare. Cf. *Capit. leg. add.*, 803, c. 6 (I, 113) : *Qui res suas pro anima sua ad Casam Dei tradere voluerit, domi traditionem faciat coram testibus legitimis; et quae actenus in hoste factae sunt traditiones, de quibus nulla est quesitio, stabilis permaneant. Si vero aliquis alii res suas tradiderit et in hoste profectus fuerit, et ille cui res traditae sunt interim mortuus fuerit, qui res suas tradidit, cum reversus fuerit, adhibitis testibus coram quibus traditio facta est res suas recipiat; si autem et ipse mortuus fuerit, heredes ejus legitimi res traditas recipiant* 817 (I, 282, 379) : *Si quis res suas pro salute animae suae vel ad aliquem venerabilem locum vel propinquo suo vel cuilibet alteri tradere voluerit et eo tempore intra ipsum comitatum fuerit in quo res illae positae sunt, legitimam traditionem facere studeat. Quod si eodem tempore quo illas tradere vult extra eumdem comitatum fuerit, id est sive in exercitu sive in palatio sive in alio quolibet loco adhibeat sibi vel de suis pagensibus vel de aliis qui eadem lege vivant qua ipse vivit testes idoneos vel si illos habere non poluerit, inde de aliis quales ibi meliores inveniri possint; et coram eis rerum suarum traditionem faciat et fidejussores vesliturae donet qui ei qui illam traditionem accipit restituram faciat. Et postquam haec traditio ita facta fuerit, heris illius nullam de praedictis rebus valeat facere repetitionem; insuper et ipse per se fidem iussionem faciat eiusdem vesliturae, ne heredi ulla occasio remaneat hanc traditionem immutandi, sed potius necessitas incumbat illam perficiendi.* Cf. I, p. 113, 151, 182 (Index, v° *Traditio*).

(3) La *L. Rib.*, 59, 1, déclare que la tradition doit être faite *in mallo*, le prix payé, la chose reçue (motte de terre, glèbe?) *si l'acheteur veut avoir un testamentum venditionis*. Cf. t. 60 (rien, dans le t. 59, n'indique qu'il s'agit d'un fonds de terre; ne faudrait-il pas l'entendre contrairement à l'opinion commune d'une vente mobilière?). Voir *supra*, Capit. 803 et 817. Bülow, *Utrum ad transfer. dom. resignatione solemni in judicio facta opus fuerit*, 1870. Pertile, IV, 227. Cf. *Edict. Theod.*, 53 : à défaut de magistrat, défenseur IIvir, la tradition doit avoir lieu au moins devant 3 curiales; même alors elle n'est valable que si l'entrée en possession a lieu au su des voisins. Marculf, I, 14 (*absque judicum traditione*). Thévenin, n°s 81, 82, 121, 124. Cf. Sohm, n. 41.

sus): on veut qu'elles aient lieu *coram testibus legitimis*. Mais la publicité dont on cherchait à entourer la *traditio legitima* se réalisait mieux que de tout autre façon lorsque l'acte avait lieu *in malo*; on imagina, pour donner à l'aliénation volontaire les effets de l'aliénation forcée, de recourir à l'expédient de procès fictifs en revendication (1): qu'il s'agît de procès réels ou de procès fictifs, l'intervention du tribunal avait l'avantage d'écarter d'avance les prétentions des tiers et de donner à l'acquéreur une situation sûre (2).

6. — La **mise en possession de fait** se sépara dès lors de la tradition de droit avec laquelle elle se confondait primitivement (3). Elle en devint le complément obligé. La terminologie communément adoptée de nos jours réserve à celle-ci le nom de *traditio*, tandis que la prise de possession est plutôt qualifiée de *vestitura*, et la convention qui précède la tradition et qui est d'ordinaire une vente s'appelle quelquefois *sala*. Mais la langage des sources est loin d'être aussi arrêté: ces mots sont souvent pris l'un pour l'autre (4). L'entrée en possession est décrite, parfois avec un grand luxe de détails, dans les documents du moyen âge jusqu'à une époque récente : on y montre le nouveau propriétaire parcourant le fonds à cheval ou sur un char *in signum realis et vere apprehense possessionis*, coupant des bran-

(1) Ci-contre, p. 311, t. II. En Angleterre, on a eu recours aux procès fictifs pour le transfert de la propriété, jusqu'en 1833.

(2) Ci-après, *Auflassung* en droit allemand.

(3) Systèmes divers pour expliquer cette scission d'un acte unique en deux actes distincts, la tradition et la *vestitura*. — 1° La tradition publique *in malło*, en présence de l'assemblée populaire, se rattache à la forme collective de la propriété. Si cela était, elle aurait été exigée rigoureusement dans les documents les plus anciens, et c'est le contraire que l'on constate. — 2° Avantages de fait de la tradition publique (facilité de preuve, garanties pour l'acquéreur). Ci-après. L'acquisition clandestine a l'air d'une fraude; les assistants à l'assemblée publique peuvent faire valoir leurs droits. Dans cette opinion la tradition *in malło* aurait dû être requise, et cela n'est pas. Ci-après. — 3° Emprunt au droit romain vulgaire, imitation de la tradition *per cartam*. Il nous semble plus exact de dire que ces deux formes de la tradition dérivent de la même tendance. — 4° La tradition symbolique s'appliqua dans les cas de disposition au profit d'une église : *cespitem de illa terra super altare S. S. (posuit)*. *Cart. de Redon*, n° 99 (a. 866), 142, 143, etc. Ex. au treizième siècle en Suisse. Huber, IV, 702. — 5° Les cas de dessaisissement en justice sont les plus anciens cas de tradition symbolique que nous connaissions. Ci-contre.

(4) Thévenin, *Textes*, Index, *h. v°* n° 82 et suiv. Du Cange, *h. v°*: Grimm, *RA*, 555 (*Sale* et *Gewere*). Expressions comme *vendidi et tradidi*.

ches d'arbre, arrachant des touffes d'herbes, faisant labourer la terre, entrant dans la maison, y faisant du feu, embrassant une colonne, s'asseyant sur un siège, etc. Il n'est pas rare que des cérémonies analogues aient été pratiquées pour l'installation des fonctionnaires, le couronnement des rois, l'intronisation des papes ou des évêques (1).

7. — **Effets juridiques de ces actes.** — L'investiture réelle du droit primitif donnait à la fois la possession et la propriété (2). Quand la tradition et l'investiture se séparèrent, chacun de ces actes eut des effets particuliers. Si les descriptions qu'on trouve dans les documents, les *notitiae*, qu'on en dresse, témoignent de l'importance qu'avait, en fait, la prise de possession, il n'en est pas moins vrai que la tradition symbolique constituait, en droit, la partie essentielle de l'opération. Elle emportait transfert de propriété ; l'acquéreur avait le droit de se mettre en possession, malgré l'opposition de l'aliénateur ou de tiers qui auraient reçu le fonds de celui-ci (action réelle) (3). Entre deux ayants cause successifs d'un même auteur, on préférait celui qui avait reçu le premier la tradition et non celui qui avait le premier pris possession (4).

(1) Grimm, p. 184. Michelet, *loc. cit.* Schupfer, p. 159. Pertile, IV, 228. *Rhdr.*, 1869, 151; t. XII, p. 85 (prise de possession d'un village de l'Alsace en 1728). *Acad. lég. Toulouse*, IV, 28. Aux Archives de la Haute-Garonne se trouvent des pièces constatant la remise de la maison du Temple à l'ordre de Saint-Jean, en 1326, par le capuchon et les clefs des portes; la remise d'un jardin par la bêche et l'anneau de la porte, etc. (Communic. de M. Pasquier). Jusqu'à quelle minutie on allait, on peut en juger par cette citation (empruntée à Pollock et Maitand, II, 89, 3) : (l'aliénateur) *reversus versus parietem cepit mingere*. Sur la *sessio triduana* en Allemagne, cf. Grimm, p. 190. Kraut, p. 172. Thévenin, n° 121, 146, etc. Ci-contre, p. 304, t. II. *Circuitus* solennel, Beseler, *Erbvertr.*, I, 90.

(2) Le contrat antérieur, par exemple la *sala* ou vente, n'avait d'effet que si elle se confondait avec l'investiture. Cf. Sohm, p. 98.

(3) *Licentiam habeatis ingredere in rebus sicut per legitimam et corporalem possessionem.* Brunetti, *Cod. dipl. tosc.*, I, 103. — Le payement du prix était-il nécessaire pour la validité de la tradition? *Rib.*, 59, 60 (*precium tradat et possessionem accipiat*). *Bai.*, 15, 2. Marculfe, II, 19 : *empti venditique contractus... pretii adnumeratione et rei ipsius traditione consistit.* Schupfer, p. 141 (actes lombards). Pertile, IV, 225. Les actes et formules selon le droit romain mentionnent constamment le payement du prix; les actes germaniques insistent plutôt sur les symboles de la tradition et il semble que le transfert de propriété soit devenu un acte indépendant, valable, abstraction faite de la cause à laquelle il se rattache. — Cf. p. 314, n. 4.

(4) Capit. 817 (I, 282, 380), c, 6 : tradition effectuée hors du comté où le

8. — **Tradition « per cartam (1). »** — Il était d'usage chez les Romains de dresser un écrit pour constater le transfert de propriété et de le remettre à l'acquéreur auquel il servait de titre. Les Germains recoururent à ce procédé à raison de ses avantages pratiques, mais ils lui donnèrent une portée et un caractère nouveau : la remise de la *carta* devint pour eux le symbole de l'aliénation (2) ; ils virent une tradition *per cartam* (3) là où il n'y avait pour les Romains qu'une *traditio cartae*. La fusion de la pratique romaine et du droit germanique s'opéra si bien qu'on rencontre des formules d'après lesquelles sur la *carta* déposée à terre se placent la motte de terre et le rameau d'arbre ; le tout est levé de terre et remis à l'acquéreur (4).

fonds est situé ; on se contente de donner caution de faire la *vestitura* (*ne heredi ulla occasio remaneat hanc traditionem immutandi*) ; la propriété est transmise indépendamment de la prise de possession réelle. *Cap. Olon.*, 825, c. 11 (I, 331). Anségise, IV, 19. Thévenin, n° 105, etc. D. Vaissete, n° 88. Fumagalli, *Cod. diplom. Ambros.*, n° 57. Meichelbeck, *Hist. eccl. Fris.*, n° 611. Voy. en partic. les exemples cités par Schupfer, p. 154 et suiv. (dipl. de 791 : l'acquéreur prend possession de sa propre autorité). — Pertile, IV, 228, soutient que la tradition ne transfère pas la propriété, mais crée seulement une obligation de mettre l'acheteur en possession : les *fidejussores vestiturae* seraient nécessaires, parce que l'obligation ne passerait pas aux héritiers. Cf. Capit. 7, 362 : *si aliquis unam rem duobus per legitimas scripturas donaverit, uni prius et alteri postea, non quaerendus est in his donationibus qui primus, qui posterior sit ; sed qui rem tradente donatore possederit, is eam cui est tradita possidebit.* Cf. ci-après, Don ne vaut sans saisine.

(1) Ex. dans Thévenin, *Textes* ; dans les formules et dans les Cartulaires où les symboles font souvent défaut (par ex. Cart. de Savigny, de Beaulieu, etc.). Cf. règle *Ecclesia vivit lege romana*. Biermann, *Trad. ficta*, 1891, p. 18 et s., 33.

(2) La tradition *per cartam* est considérée comme l'équivalent de la tradition par les modes germaniques. Par exemple *Form. Lindenbr.* (ci-dessus) : *per chartulam sive per festucam atque andelangum trado. Cart. de Redon*, n° 142. Importance de la remise de la *carta* dans le droit anglo-saxon : *bocland* Sohm, p. 101, n° 3, croit que le droit franc n'admit pas sans peine la tradition *per cartam* ; ainsi, dans la *Cart. lombard*, il remarque que la tradition se fait par la motte de terre, le gant, etc. ; après quoi, la *carta* est remise au notaire *ad scribendum*. En sens contr., Brunner, *op. cit.* Cf. *KVJ*, 7, 3, 388 (Tyrol).

(3) Le roi franc transmet la propriété par la remise d'un *praeceptum*. Sohm, p. 101, n° 3 *in f.* (bibl.), p. 116. Cf. ci-après, *bocland* anglo-saxon.

(4) La *levatio cartae* paraît être surtout un usage franc. Brunner, *Urk.*, 107. *ZSS. GA*, 1883, 113. Ex. dans Rozière, *Form.*, n° 159, 314 et suiv. Thévenin, *Textes*, n° 136, 137 (Index, v° *Tradition, Charte*) *Cart. Langob.*, *MGH. LL.*, IV, 595 : *si est Salichus, Roboarius, Gothus vel Alamannus venditor : pone cartulam in terram et super cartam mitte cultellum, festu-*

9. — **Epoque féodale** (1). — La transformation du régime de la propriété foncière qui caractérise la féodalité a eu son contre-coup sur les modes d'aliénation. Entre l'acquéreur et l'aliénateur, le seigneur s'est interposé, ce qui a eu pour résultat de compliquer l'opération. A l'origine même, le fief et la censive, concessions faites *intuitu personae*, sont incessibles comme elles sont intransmissibles par voie héréditaire : le vassal, le tenancier ne peuvent pas les aliéner ; tout au plus leur a-t-on reconnu la faculté de délaisser le fonds qu'ils occupent, auquel cas il fait retour au seigneur ; celui-ci le garde pour lui ou en dispose au profit de qui il lui plaît en faisant une concession nouvelle (2). Fiefs et censives devinrent matrimoniaux, c'est-à-dire héréditaires et cessibles. Mais la théorie féodale du transfert de la propriété se ressentit longtemps de cette conception primitive (3) : là en est le point de départ et la base.

cam notatam, wantonem et wasonem terrae et ramum arboris et atramentarium et in Alemannia wandilanc et levet de terra ; et eo cartam tenente dic traditionem. MGH. Dipl., n° 280. *Burg.*, 41. *Alam.*, 1, 19, 20. *Bai.*, 15, 2 et 12. *L. Rom. Cur.*, 24, 2. Brunner, *Urk.*, p. 130, 288. Prost. *NRH*, 1880. 10. Pertile, IV, 226 et suiv. Au treizième siècle, *trad. per cartam* en Bavière. Haeberlin, *System. Baarb. Meichelb.*, 1824, p. 204. — Distinguer la remise au notaire du parchemin pour qu'il rédige l'acte (*traditio ad scribendum*) de la remise à l'acquéreur (*traditio ad proprium*). *Cart. Langob*, forme 2 : *Trade et ad proprium et huic notario ad scribendum.* Porro, *Cod. dipl. lang.*, 482 : *pergamena cum atramentario manibus meis de terra levavi et ad conscribendum dedi atque rogavi.* Le notaire constate la remise : *post traditam* (sous-ent. *cartam*) *complevi et dedi.* Schupfer, p. 149, et suiv. Stouff, *R. Bourg.*, 1899. — Cf. dr. anglais : *livery in deed*, remise de l'acte et d'une motte de terre, d'un rameau, etc. Brunner, *Urk.*, p. 539. Ci-après, n° 22.

(1) Cf. Epoque féodale, t. I. Cf. sources du droit féodal, telles que les *L. Feud.*, etc., les traités de droit féodal, comme Schilter, Gœtzmann, Guyot, Hervé, etc. Buche. *NRH*, 1884, 54 et suiv. Biermann, *Trad. ficta*, p. 277.

(2) *L. Feud.*, 2, 9, 44, 55. *Ass. de Jér.*, I, 64, 288, 297 (éd. B.). *M. de Souabe*, p. 68, éd. Matile. Cf. Le Fief, t. I et suiv. Influence de ces idées : *a*) sur la capacité d'acquérir le fief (roturiers, gens de mainmorte). Mourmant, Thèse (*Précédents de l'Edit de 1749*, 1900) ; — *b*) sur l'aliénation partielle (défense d'abréger le fief). Cf. *TAC. Norm.*, 89 et suiv. ; *Gr. C. Norm.*, 32, 115. Angleterre : mesures relatives aux sous-inféodations, *Gr. Charte*, 32 ; Statut *Quia emptores*, 1290, qui eut pour effet de donner une grande extension à l'aliénation des fiefs. Pollock, *Landlaws*, p. 70. Il ne fut plus permis qu'au roi de faire des aliénations à titre de franche aumône ; on voulait, en effet, que l'acquéreur d'une partie du fief devînt le vassal direct du seigneur dominant. Ci-après, Dr. anglais. Glasson, *Inst.*, IV, 253. — *Add.* Gui Pape, q. 46, 102, 112. Bucherellus, *Inst.*, p. 138.

(3) Merlin, dans Guyot, v° *Devoirs de loi*, p. 526 (éd. 1778) : celui qui vend

10. — **Fiefs et censives** (1). — L'aliénation se décompose en deux actes : *a*) *Dessaisine ou devest ;* le vassal ou le censitaire remet le fonds au seigneur de qui il le tient (seigneur foncier) en déclarant qu'il s'en dessaisit entre ses mains ; *b*) *Investiture* pour le fief. *Ensaisissement* pour la censive ; on dit encore *vest, vesture, werp*, etc. : le seigneur livre le fonds à l'acquéreur en déclarant qu'il l'en saisit. On peut donc dire que l'aliénation s'opère par *dessaisine-saisine, vest et devest* (2). S'il s'agit d'un

un héritage féodal ou cottier n'en transfère point la propriété à l'acheteur, il ne fait que renoncer au droit qu'il tient du seigneur et s'en dépouiller entre les mains des officiers de celui-ci qui le transportent à l'acquéreur, à peu près comme le titulaire d'un bénéfice en fait sa résignation entre les mains du collateur, qui le confère ensuite à celui que le résignant lui a désigné. Cf. aussi cession d'un office.

(1) Pitou, Thèse, 1899 (*Invest. féodale en dr. germanique*).

(2) *L. Feud.*, 2, 2 (ci-après, p. 318, n. 5). *Cout. d'Artois*, éd. Tardif, t. 23 (p. 64) : on peut vendre un propre dans trois cas : gré de l'hoir, pauvreté, acheter un héritage plus *souffisant*. Après que le seigneur et les hommes de sa cour ont constaté que le vendeur n'avait pas grevé le fonds (par voie d'assignat, ci-après, Hypothèques), celui-ci rapporte l'héritage *par raim* (rameau) *et baston* en la main du seigneur. La cour, sur la demande du seigneur, dit *par jugement* qu'il adhérite l'acheteur et le seigneur le saisit, après avoir demandé au vendeur s'il est payé et sûr de sa droiture, en disant à l'acheteur : je vous en saisis, sauf tous droits, en main. « Ce fait, li sires doit conjurer ses hommes, s'il en est bien ahiretés et à loy, li hommes doivent » le dire. *Gr. C. de France*, II, 23 (p. 264) : « fault que le vendeur (ou son procureur) aille dedans les huyt jours de la vente par devers le seigneur foncier et dire : *Sire, j'ay vendu à tel tel héritaige (ou cens ou rente) mouvant de vous en censive pour tel pris, si m'en dessaisi en vostre main, et veuil et vous requiers que ledict acheteur ensaisiniez.* Et en signe de dessaisissement, doibt bailler audict seigneur, ung festu, *vel aliud*. L'acheteur doibt requérir audict seigneur dedans ledict temps de la saisine en disant : *Mon seigneur, je vous requier que vous me ensaisissiez.* Et est assavoir que le seigneur ne l'ensaisira point s'il ne le veult, jusques à tant qu'il voye les lettres de la vente, jusques à ce qu'il soit payé de ses ventes et saisines. Ce fait, le seigneur doibt bailler la saisine à l'acheteur et dire : *Je vous saisis ou mets en saisine de tel héritage, sauf mon droict et l'autruy en toutes choses.* Et en doibt prendre lettres et saisine, scellées du séel dudict seigneur ou de son baillif. » Cf. c. 25, 26. Desmares, 189 : « en vente de heritage il faut et vest et devest, combien que lettres en soient faites ; car au vendeur demeure tousiours la vraye saisine et possession, iusques à tant que il en soit dessaisi en la main du seigneur foncier ; et ne s'en puet dire l'achateur saisi, iusques à ce qu'il en soit saisi de fait par le seigneur foncier du lieu, ce ainsi n'est qu'il en ait joy et usé par tel temps que il en ait acquis saisine et bonne possession et iuste. » *Cout. not.*, 124. 135, 72, 53. Boutillier, I, 67, p. 397 (éd. 1663). Loysel, 641. Le *Grand cout. loc. cit.*, constate sans doute l'usage général en disant qu'on devait prendre des *lettres de saisine*. Cf. Beaum., 35, 20 ; 6, 4. *Const. du Chât.*, § 85, 86, 82.

fief, la prestation de la foi et de l'hommage se joint à l'investiture; c'est là la différence principale qu'on relève entre l'aliénation du fief et celle de la censive (1). Dans les deux cas, le fonds est censé faire retour au concédant, ce qui lui permet d'exercer le retrait par voie de rétention (2) et d'exiger plus facilement les profits de mutation (3). La dessaisine et la saisine s'accomplissaient, d'ordinaire, par la remise de la verge, du bâton, du fust et de la terre, du rain et du bâton; ces objets symboliques passaient des mains du disposant dans celles du seigneur, et de celui-ci à l'acquéreur (4). Pour l'investiture des grands fiefs, soit à la mort du vassal, soit en cas d'aliénation, on se servait de la bannière, du sceptre, de la lance, de l'épée (5).

Mir. de Souabe, éd. Mat., p. 75. *Ass. de Jérus.*, c. des Bourg., II, 253, 271 et suiv., éd. B.

(1) Ci-dessus, p. 241, 263, t. II. D'après les *L. Feud.*, 2, 4, l'investiture doit précéder la foi et hommage. *Gr. C.*, p. 271.

(2) Ci-contre, Retrait Beam., 51, 21. Desm., 204. *Gr. Cout.*, 2, 25. Cf. Paris, 20.

(3) Beaum., 27, 7; Desmares, 189 et suiv., 201, 364. *Gr. Cout.*, p. 265, 273. Pour le fief, *quint*; pour les censives, *lods et ventes*. Cf. Le Fief, t. I. Loysel, 572 et suiv., et les traités des droits féodaux, par exemple Boutaric. Le *Gr. Cout.*, *op. cit.*, distingue les *ventes* et les *saisines*, le droit à payer à raison de la vente, et le droit à raison de l'investiture. Beaumanoir ne parle que de ventes (voy. not. c. 27 et c. 52); d'après lui, c'est le vendeur qui les acquitte; mais comme l'héritage en répond, l'acheteur est autorisé à retenir une partie du prix pour les payer, s'il le faut; on peut, d'ailleurs, convenir que le payement de ce droit sera à sa charge. Et sans aucun doute, c'est sur lui qu'en fin de compte retombe l'obligation. Le seigneur ne procède à la saisine qu'après avoir été payé. *Gr. Cout.*, p. 267, 276 (Quint et requint). Paris, 24. — Cf. Toulouse, 135, 137, 142 et suiv. Montpellier, 11, 41, 61, 66, 108, VIII. Bordeaux, 128.

(4) Du Cange, *loc. cit.* Ragueau, v^is *Rain*, *Mettre la main au baston* (le vassal se peut jouer de son fief jusqu'à la main mettre au bâton ou jusqu'à démission de foi) *Adhéritance*, *déshéritance*. Brodeau, s. 51, Paris, n° 7 (bibl.). Pasquier, *Rech. de la France*, 8, 58 : tantôt c'est le vendeur, tantôt c'est le juge qui remet le bâton à l'acheteur (cf. ci-après, Alleux). *Ass. de Jér.*, t. I, p. 218 (éd. B.); t. II, p. 253 (en justice). *Parloir aux Bourg.*, p. 145, 162. *Supra*, p. 317, 2.

(5) *L. Feud.*, 2, 2 : *Investitura quidem proprie dicitur possessio; abusivo autem modo dicitur investitura, quando hasta vel aliud corporeum quidlibet porrigitur a domino (feudi), se investituram facere dicente* (en présence des covassaux ou *pares curiae*; la preuve de l'investiture se fait par les *pares curiae* ou par un *publicum instrumentum a duobus paribus confirmatum*). Cf. 2, 33, etc. Ragueau, v° *Rain*. Du Cange, *loc. cit.* A la lance se joignit l'étendard pour l'investiture des principautés. Les évêques et abbés étaient investis de leurs dignités par la remise de la *virga pastoralis*, de la crosse et de l'anneau. *Sachsensp.*, 3, 80, 1. Sur la *querelle des*

Ce n'était pas sur le fonds lui-même que ces formalités avaient lieu, mais à la Cour seigneuriale, par devant le seigneur (ou son officier) (1). On satisfaisait par là aux exigences de l'ancien droit en matière de publicité, et on maintenait l'usage des traditions symboliques et judiciaires: il eût été peu pratique et peu d'accord avec le rôle du seigneur dans l'acte de l'obliger à se transporter sur les lieux (2). Dans ces conditions, l'investiture du fief ou l'ensaisinement de la censive devait être accompagnée d'une *appréhension de fait*, afin de procurer à l'acquéreur tous les avantages de la possession (3); elle était aussi précédée d'une *convention* préalable, sorte de *justa causa traditionis* (4). Mais de ces trois actes, celui qui opérait le transfert de propriété était l'investiture ou ensaisinement (5). On se demande même si elle n'emportait pas acquisition de la possession de droit, c'est-à-dire du droit aux actions possessoires (6). Et il est hors de doute que l'acquéreur investi ou ensaisiné avait le droit d'entrer en possession de sa propre autorité (7). L'investiture

Investitures, Cf. L'Eglise et l'Etat, t. I.Schrœder, p. 399. Esmein, *Bibl. Ec. Hautes Et.*, I (Yves de Chartres).

(1) *Supra*, notes. En sens contr., Bayonne, 91, 1 : le seigneur censier se rend sur le fonds, en tire le vendeur moyennant un droit d'*issue*, et y installe l'acheteur moyennant un droit d'*entrée*.

(2) Paris, 63. Loysel, 531 (cens portable).

(3) La tenure d'an et jour peut-elle remplacer l'investiture seigneuriale à l'encontre des tiers? Cf. ci-contre, p. 295, t. II. Desmares, 189.

(4) Qui vend conserve la propriété jusqu'à l'ensaisinement seigneurial; mais le vendeur peut être contraint de faire le vest ou adhéritement. Bout., I, 67. Beaum., c. 27 7, 8 (s'il y a eu ensaisinement, le vendeur ne peut reprendre son fonds que par l'effet d'une nouvelle vente). Beaum., 35, 20 (acte de vente); 23 (lettres de baillie). *Gr. Cout.*, p. 266, 267, 301. Biermann, *Trad. ficta*, p. 277 (bibl.).

(5) Procédure pour le cas où le seigneur refuse d'ensaisiner, *Gr. Cout.*, p. 268, 280, 285.

(6) L'ensaisinement seigneurial qui rend l'acheteur propriétaire, ne le rend-il pas aussi possesseur? Ci-dessus, p. 241, 263, t. II. Desmares, 62, 177. *Cout. not.*, 53 *Gr. Cout.*, 2, 19, p. 234. Ragueau, *Gloss*, v° *Vest : investitura non facit possessorem*. Loysel, 747. La tendance des romanistes est d'exiger la tradition matérielle. La pratique résiste. Ci-après. Voy. aussi Biermann, *Traditio ficta*, p 61. Gui Pape, *Q.*, 415 : l'investiture ne donne pas la possession, mais le droit de se mettre en possession de sa propre autorité : cf. q. 46 (où il distingue entre les censives et l'alleu, ci-après, Clause de précaire).

(7) Beaum., c. 34, 13 : l'acheteur ensaisiné par le seigneur veut prendre possession de l'héritage; le fermier ou l'engagiste le repoussent; leurs prétentions seront écartées par la justice. Le seul moyen pour le fermier ou l'engagiste d'avoir un droit opposable à l'acheteur, consiste à se faire en-

fut constatée de bonne heure par acte écrit; mais au dix-huitième siècle, ces actes étaient hors d'usage, parce que l'investiture elle-même n'était plus requise, comme on le verra: les actes de foi et d'hommage en tenaient lieu pour les fiefs, et les quittances de droits seigneuriaux pour les censives. On sait, d'ailleurs, que les droits seigneuriaux, aveux et dénombrements, étaient constatés fréquemment sur des *Papiers terriers* (1).

11. — Le seigneur investissait *sauf tous droits* (2). De cette réserve il résulte que les droits des tiers n'étaient point purgés, comme on serait tenté de le croire, par suite du retour du fonds entre les mains du seigneur. Il est vraisemblable que tel ne fut pas le droit primitif; le seigneur devait reprendre le bien libre de tous droits; du moins, ceux qu'avait constitués son vassal ou son censitaire ne lui étaient pas plus opposables qu'une aliénation intégrale (3). Le seul cas douteux était celui où la propriété était contestée; l'aliénateur pouvait n'être qu'un propriétaire apparent; le *verus dominus* avait-il le droit de réclamer le bien comme sien après l'investiture ou ensaisinement au profit d'un tiers? La solution dépendait du rôle que l'on donnait au seigneur et à la Cour féodale; s'ils avaient à examiner les conditions de fond de l'aliénation, à juger des droits du disposant, l'homologation de l'acte, faite en connaissance de cause, pouvait avoir pour conséquence d'effacer les droits des tiers, même en supposant qu'ils n'étaient pas présents (4). Cette tendance se trouve, semble-t-il, dans le droit féodal primitif (5); mais ce fut la tendance contraire qui prévalut (6). L'intervention du seigneur et de sa Cour devinrent presque de pure forme; ils se

saisiner eux-mêmes par le seigneur de qui la terre meut. Cf. ci-après, *Vendage passe louage*.

(1) Cf. Chartes et Actes notariés, t. I. Ferrière, *h. v°*: *Le parfait notaire*, l. 15, c. 7 et 8.

(2) Ci-dessus, Artois, *Gr. Cout.*, etc. Beaum., 20, 2. Varin, *Arch. de Reims*, I, 844.

(3) Ci-dessus, Aliénation du fief.

(4) Précédents dans le droit barbare.

(5) C'est ce qu'on peut induire des dispositions des Assises de Jérus. Jean d'Ibelin, c. 185, 187 (t. I, p. 64, 288, 297, etc.), du *Cout. d'Artois*, t. 23, de Beaum., 51, 18. La Cour féodale s'assure du bien fondé des droits du disposant.

(6) *L. Feud.*, 2, 8. *Cout. d'Artois*, éd. Tardif, t. 25. Beaum., 51, 18 : Par cela seul que le dessaisi avait la saisine, le sire doit investir le tiers dans l'intérêt de qui la dessaisine a été faite. Cf. ci-dessus, p. 317, t. II (*Gr. Cout.* et Bout.).

contentèrent d'apprécier la régularité apparente de l'acte, laissant à la tenure d'an et jour le soin d'effacer rapidement les prétentions des tiers aussi bien que celles des ayants cause de l'aliénateur ou celles de sa famille (1). L'investiture ou l'ensaisinement n'eurent donc lieu qu'avec réserve du droit du seigneur lui-même et du droit d'autrui.

12. — **Alleux** (2). — Il ne pouvait être question, pour cette catégorie de biens, de l'investiture ou de l'ensaisinement seigneurial, parce que la dessaisine entre les mains du seigneur eût été la négation de la liberté de l'alleu (3). Le droit de l'époque barbare persista donc en principe, sauf une tendance à rapprocher l'aliénation des alleux de celle des fiefs ou censives (4). Dans le Midi, en pays de droit écrit, la tradition a lieu *per cartam*, ou tout au moins un acte est dressé par le notaire pour constater la vente et la tradition ou *guirpitio* (5); sans nul doute, il n'y a pas eu de prise de possession par l'acquéreur; les parties se sont contentées de déclarer devant l'officier public qu'elles ont vendu et livré (*vendidi et tradidi*) (6); l'acte une fois rédigé

(1) Ci-contre, Tenure d'an et jour.

(2) Cf. L'Alleu, t. I (bibl.). *Dig. ital.*, v° *Allodio*. Voir la vesture et la prise de ban à Metz. Sur le bourgage et la tenure libre urbaine, cf. Génestal, Thèse, 1900. Des Marez, *Et. sur la propriété foncière dans les villes du moyen âge*, 1898.

(3) *Gr. Cout.*, 2, 33 (p. 325) : « Franc alleu est un héritage tellement franc, qu'il ne doit point de fons de terre, ne d'icelluy n'est aulcun seigneur foncier, *et ne doit vest ne desvest, ne ventes ne saisine*, ne aultre servitude à quelque seigneur; mais quant est à justice, il est bien subject à la justice ou jurisdiccion d'aulcun. » Boutillier, I, 83 (p. 490, éd. 1603).

(4) Ci-après, p. 323, t. II.

(5) Ex. dans les Cartulaires (*Cart. de Saint-Sernin*, nombreux actes du douzième siècle; on y lit simplement : *gurpivit et vendidit* ou des formules analogues; *facta carta* et la date; *hujus rei sunt testes N.* N.).

(6) *Cout. de Toulouse*, art. 93 (éd. Tardif) : *si aliquis vendiderit alicui honorem suum liberum cum instrumento publico, vel dedit ad feudum, predictus honor habetur pro tradito quantum ad eum qui vendidit vel dedit ad feudum, si tempore dicte venditionis vel doni feudi idem venditor vel dator feudi illum honorem possidebat, ita tamen quod si emptor predictus adeptus fuerit possessionem corporalem dicti honoris, dictus venditor vel dator feudi non potest agere contra emptoren vel feudotarium de violentia vel turbatione possessionis. Si vero dictus venditor vel dator feudi post predictam venditionem vel feudi donationem eundem predictum honorem vendidit alii persone vel dedit ad feudum, et ipsum misit inde in possessionem corporalem antequam primus adeptus esset inde corporalem possessionem, ultimus emptor sive feudotarius est potior jure in possessione et proprietate dicti honoris quam primus*, Tardif, *Dr. privé au XIII^e siècle*, 1886.

est remis à l'acquéreur (1), c'est le *bail de la cède* (2) qui s'accompagne parfois d'actes symboliques, comme le bail de la plume du notaire (3). L'acquéreur en vertu de cet acte a le droit de se mettre en possession de sa propre autorité (4). Sous l'influence du droit romain, la tradition matérielle prit le pas sur la tradition symbolique ; la pratique dut trouver un moyen pour conserver à l'acte ses anciens effets (ci-après, Constitut possessoire, clause de précaire) (5). — En pays coutumier, où l'alleu est plus rare, la législation est assez confuse. La rédaction d'un acte écrit, la tradition matérielle sont parfois exigées (6). D'autres fois, les parties se transportent devant le seigneur (7) et procèdent à la dessaisine-saisine, sans que celui-ci intervienne lui-même à l'acte ; le bâton passe directement de l'aliénateur à l'acquéreur (8) ; ou du moins, si le seigneur le remet (9), ce n'est pas en signe de domaine éminent ; il ne figure dans l'acte qu'afin de lui donner la publicité requise, à raison de son autorité judiciaire qui s'étend sur les alleux comme sur les fiefs et les cen-

(1) Ces actes d'acquisition ont servi à rédiger les Cartulaires.

(2) Cède ou cédule (de *scheda*), acte écrit. Serres, *Inst.* II, 1, 44 : tradition feinte qui se fait par la tradition des clefs aussi bien que celle qui se fait par le bail de la cède ou de la plume du notaire dont il est fait mention dans la l. 1, Cod. Just., *de don.* Soulatges, *Cout. de Toulouse*, 1770, p. 236. *Théorie et Prat. des notaires*, Grenoble, 1629, p. 141. — Il s'agit bien du bail ou remise du contrat de vente, et non des titres de propriété du vendeur ; c'est ce que démontre l'expression bail de la cède. — Sur la doctrine des glossateurs et des postglossateurs au sujet de l'*instrumentalis traditio*, cf. Biermann, *Traditio ficta*, p. 22, 47, 102, 273. Voy. not. Azo, *Lect. ad. l. 1, C. de don. si vendidi et traditur instrumentum emptionis.* Ci-après, n°s 22 et suiv.

(3) C'est la plume avec laquelle ils écrivent. Quelquefois attouchement des mains du vendeur et de l'acheteur. — Les romanistes protestent contre ces pratiques anciennes, ainsi Hostiensis (cité par Gui Pape, q. 22). Ci-dessus, p. 264, t. II.

(4) Toulouse, 93. Ci-après, n°s 22 et suiv.

(5) Ci-après. Biermann, *Traditio ficta*, p. 37 et suiv.

(6) Bout., I, 84 : déclaration par devant notaire et lettres, ou par devant gens sur son scel, s'il a scel connu, Laon, 133 : appréhension de possession réelle. Sedan, 217. Vitry, 126. Troyes, 144, etc. Chénon, *Alleux*, 191.

(7) Hainaut, 106, 94, 30, 34 (ensaisinement devant quatre propriétaires d'alleux, et un cinquième qui les conjure). Merlin, *Rép.*, v° *Francq-Alloetier*. Guisnes, 16. Luxembourg, tit. V. Prost, *NRH*, 1880 (Metz). Varin, *Arch. de Reims, Cout.*, I, 711.

(8) Ci-contre, § 15.

(9) Reims, 139, 162 et suiv. (on applique à l'alleu le mode d'aliénation en usage pour la censive).

sives de sa mouvance. C'est le système des Coutumes de nantissement (1).

13. — **Epoque monarchique**. — Le droit que l'on vient de décrire suivit les vicissitudes de la propriété féodale pour laquelle il était fait. Il se modifia comme elle, ou même disparut à peu près, si bien que la France coutumière se divisa sur cette question du transfert de la propriété en deux parties : 1° les **Pays de nantissement**, groupe important de provinces du nord et de l'est, auxquelles les Pays-Bas se rattachent comme une dépendance naturelle ; 2° les provinces qui suivaient le **droit commun**, c'est-à-dire la partie la plus considérable du pays coutumier soumis ici à une législation presque identique à celle des pays de droit écrit. — De ces deux systèmes encore en vigueur au moment de la Révolution, nous rapprocherons à titre de variantes curieuses les **Appropriances bretonnes**, la **Prise de ban** à Metz, l'**Auflassung** du droit allemand, et enfin la **pratique anglaise** sous ses formes diverses. — En somme, partout on tend à se débarrasser des formes féodales, parce qu'elles sont gênantes et parce qu'elles ne s'accordent plus avec l'état du droit ; la plupart des Coutumes obéissent jusqu'à l'excès à ce besoin de simplification et de logique ; d'autres, plus fidèles à la tradition, respectent les vieilles formes ; elles finissent même par leur donner, en les retouchant un peu, une signification, une portée qu'elles n'avaient guère à l'origine ; en les détournant de leur destination, on les accommode aux besoins nouveaux, et on y découvre des avantages de nature à dédommager de ce qu'elles apportent d'entraves à la liberté des conventions. Entre ces deux tendances, le dix-neuvième siècle a hésité.

14. — **Coutumes de nantissement** (2). — La pratique du nantissement (3), des devoirs ou œuvres de loi (4), adhéritan-

(1) Ci-après. Il y a tout lieu de croire qu'il se rattache au mode d'aliénation de l'époque franque. *Add.* Salvioli, *R. ital. p. l. sc. giur.*, 18, 2.

(2) Ragueau, Guyot, v^is *Nantissement*, *Vêture*, *Devoirs de loi*, *Adhéritance*, *Main assise*, *Mise de fait*, *Werp*, *Gurpir*, *Vest*, etc. Britz, p. 903 (bibl. belg.). Héricourt, *Vente des Imm. par Décret*, 1739, p. 264. Des Marez, *op. cit.*

(3) Ce mot a deux sens : 1° acte judiciaire ou ensemble des formalités des œuvres de loi ; 2° effet de cet acte, c'est-à-dire acquisition d'un héritage à titre de propriété, d'usufruit, d'hypothèque, etc. Cf. *nam*, *namps*, *nants* = *gage* ; forme qui se rattache à l'allemand *nehmen*, prendre (Hal-

ces, etc. (1), n'est qu'une déformation du vieux système féodal maintenu au nord de la France et dans les Pays-Bas (2), à raison d'avantages pratiques étrangers à la conception originaire. Les solennités de l'investiture ou de l'ensaisinement destinées à assurer au seigneur le payement de ses profits, servirent surtout à donner au transfert ou à la constitution des droits réels l'authenticité et la publicité que réclame une bonne organisation du crédit foncier; c'est, du moins, en ce sens que le droit s'orienta, tendant de plus en plus à abandonner son attache féodale (3).

15. — Les **œuvres de loi** consistent dans le vest et devest tels que nous les avons décrits, mais avec cette différence qu'ils ne s'accomplissent pas, en général, devant le seigneur (4), mais devant les juges seigneuriaux ou royaux. Le tribunal auquel il faut s'adresser varie : tantôt on distingue entre les fiefs et les rotures, conformément au droit féodal; pour les fiefs, c'est la Cour féodale composée du bailli et des hommes de fief; pour les censives, la Cour échevinale composée du prévôt ou mayeur et des censitaires; et ces deux Cours sont celles du seigneur

taus, *Gloss.*, 1405). *Summa Norm.*, VII : *de liberatione namnorum*. Schmid, *Ges. d. Angels.*, Gloss., v° *Nam*. Cout. de Reims, dans Varin, *Arch. de R.*, I, 733 : le créancier présente au seigneur (ou à sa justice) des *lettres obligatoires de dettes* et le requiert de les nantir sur les héritages tenus de lui en fief ou en censive, de sorte qu'il n'investira personne de ces héritages qu'à charge de l'hypothèque.

(4 *de la page précédente.*) Sur le mot *loi*, cf. Ragueau, *h. v°* (lois de ville jurée = corps échevinal; villes de loi = un corps échevinal, etc.). Œuvres de loi signifie donc œuvres de justice. Cf. *leges* ou preuves légales de la *Summa Norm.*, 10, 2 (loi simple = preuve par serment; loi apparaissant = par duel, etc.).

(1) On dit aussi *werp*, dessaisine-saisine, réalisation, etc.

(2) Hainaut, 94. Liége, 6. Artois, 71. Lille (La Salle), 10. Vermandois, *NC*, 126 et suiv. Cambray, 5. Amiens, 137. Chauny, 2. Reims, 142, 162. Boulonnais, 115. Ponthieu, 111. Douai, t. *des don. et vend.* Ribemont, 51. Péronne, 259. Laon, 126. Valois, 13 et suiv. Sedan, 258. Senlis, 19. Noyon, 34.

(3) C'est ce que déclarent les Placards des princes de la maison d'Autriche pour les Pays-Bas, fév. 1528, 6 déc. 1586 : éviter les fraudes et le stellionnat; cf. surtout l'Edit perp. de 1611. Ce motif explique l'extension de l'usage féodal aux alleux (cf. ci-dessus. Hainaut, 106), la publicité par voie de registres. On exigea, d'ordinaire, que les contrats translatifs de droits réels fussent authentiques. Vermandois, 119. Reims, 180. Arr. de règl. du Parl. de Flandre, 4 oct. 1675, 27 août 1676. Roisin, p. 441.

(4) Cf. cep. Merlin dans Guyot, v° *Devoirs de loi* (le seigneur peut remplacer son bailli ou son prévôt, parce que l'acte rentre dans la juridiction gracieuse).

dans la mouvance duquel se trouve le bien ; tantôt, par un progrès marqué, c'est le tribunal ou les gens de loi du lieu où est situé le fonds (1). Les alleux sont soumis à ces formalités comme les fiefs et les censives, au moins dans les Pays-Bas (par exemple présence de quatre alleutiers et d'un semonceur qui les *conjure*, c'est-à-dire les requiert de constater la régularité de l'opération) (2). — Les œuvres de loi sont donc un acte judiciaire ; les formalités symboliques ont perdu de leur importance et s'en sont détachées dans certaines Coutumes ; il y a des lieux où tout se réduit à la simple reconnaissance du contrat en justice (3) ; la même personne pouvait alors jouer le rôle de vendeur et celui d'acheteur, se dessaisir au nom du vendeur et se saisir en son nom propre, ce qui aurait été trop choquant là où avait persisté l'usage de la remise du bâton ou de la bûchette (4). — Plusieurs Coutumes exigeaient que les contrats en vertu desquels se passaient les devoirs de loi fussent constatés par des actes authentiques. On y spécifiait, comme dans le vest et devest, l'étendue et les limites de l'héritage vendu ou hypothéqué (5). De là il résultait que les hypothèques générales n'étaient pas possibles en pays de nantissement, pas plus que les hypothèques tacites (6). — La publicité, qui constituait un élément essentiel du système du nantissement, aurait été temporaire si elle s'était limitée aux formalités du vest et devest ; on la rendit permanente en exigeant pour la validité ses devoirs de loi, qu'il fussent enregistrés au greffe des juges qui les avaient reçus (7) ; car le registre sur lequel étaient inscrits par ordre de date les nantissements était accessible au public.

(1) Détails dans Merlin, *loc. cit.* Britz, p. 906. Raepsaet, *Orig.*, n° 103. Placard du 16 septembre 1673.

(2) Placards, 10 fév. 1538, 6 déc. 1586. Hollande : les vaisseaux également. Hainaut, 69, 106. Luxembourg, 5, 7 (sous l'azur du ciel). La *conjure* est dans les Pays-Bas, une formalité essentielle à tout nantissement.

(3) Amiens, 137. Péronne, 264. Douai, 2, 2.

(4) Verm., *TAC*, 91 ; *NC*, 136. Lille, 80. Artois, 2, 7.

(5) Reims, 176. Edit, avril 1675, etc.

(6) Au moins, en général ; car en Vermandois, à Reims, etc., le nantissement n'était exigé que pour les hypothèques conventionnelles. Cf. Merlin, v° *Nant.*, § 2. Cambrai, 5, 11.

(7) Verm., 119 et suiv. Reims, 177. Amiens, 145. Placard 16 sept. 1673. — *Secùs*, Artois, Hainaut. Merlin, v° *Devoirs de loi.* — Giry, *Hist. de Saint-Omer*, p. 187 : greffe des werps au quatorzième siècle.

16. — Ce système s'appliquait aux seules aliénations immobilières entre vifs ; les aliénations *mortis causa* (succession *ab intestat*, testament) n'y donnaient pas lieu ; on disait alors que la réalisation s'opérait de plein droit, et cela tenait sans doute à deux raisons, d'abord aux origines féodales du nantissement, ensuite au fait que, dans le cas de mutation à cause de mort, la transmission de propriété était entourée d'une suffisante publicité à raison des circonstances dans lesquelles elle avait lieu (1). Sous le bénéfice de cette distinction, on peut dire que les aliénations partielles n'étaient pas traitées autrement que les aliénations intégrales ; les œuvres de loi étaient donc requises pour la constitution de droits réels (2) et, en particulier, pour la constitution de l'hypothèque (3).

17. — Les **effets** du nantissement sont remarquables. — A° **Interpartes**. La propriété n'est pas transmise ou le droit réel constitué, tant que le nantissement n'a pas eu lieu. Cela ne signifie pas que le contrat, par exemple la vente, ne soit pas valable ; elle tient, et il en résulte une action personnelle au profit de l'acheteur contre le vendeur (4). — B° **Erga alios**. A plus forte raison l'aliénation n'est pas opposable aux tiers par suite du défaut de vesture. De deux acquéreurs, le premier nanti l'emporte sur l'autre ; de deux créanciers hypothécaires, le premier nanti est préféré à l'autre (sauf s'il y a eu dol). Le nantissement a donc pour effet de purger les droits des tiers sur l'immeuble, si ces droits n'ont pas été eux-mêmes consolidés par l'adhéritance ; mais le *verus dominus* nanti, le créancier hypothécaire nanti conservent les leurs conformément à la règle féodale que le seigneur ensaisine sauf son droit et l'autrui. Autre était, comme on le verra, l'effet des appropriances

(1) Les partages à raison de leur caractère déclaratif, les contrats de mariage parce qu'ils contiennent des avancements d'hoirie, étaient traités comme les testaments. Notons, en dehors des divergences sur ces points, une tendance à soumettre les testaments à l'homologation judiciaire, à l'insinuation. Guyot, v^is *Rapport de loi*, *Nantissement*. Britz, p. 912. — Réalisent aussi de plein droit, pour d'autres motifs, les aliénations effectuées par le souverain et les aliénations d'immeubles fictifs, tels que rente constituée, office. Varin, *l. c.*, *supra*, p. 321, 323, t. II.

(2) Edit perp. 12 juill. 1611, art. 24 (Pays-Bas) : nul droit réel ès immeubles ne se peut acquérir sinon par les œuvres de loi.

(3) Cambrésis, 5, 1. Cout. de La Salle de Lille, trois voies pour créer une hypothèque : rapport d'héritage, main assise, mise de fait. Cf. Guyot, *h. v^is*.

(4) Merlin, p. 125 (dans Guyot, v° *Nant.*, éd. 1781, t. 41).

bretonnes dans les formalités desquelles on voyait une sommation aux intéressés de faire valoir leurs droits sous peine de déchéance. — La prise de possession de fait (1) ne pouvait pas suppléer au défaut de nantissement : elle permettait tout au plus à l'acquéreur d'agir au possessoire (2); mais, sans doute sous l'influence du droit romain, on finit par admettre que la prescription (dix ans en Vermandois) valait adhéritance (3).

18. — Les Coutumes de nantissement s'écartaient trop du droit commun de la France monarchique pour qu'on n'essayât point de s'attaquer à leur régime spécial en matière d'aliénation immobilière. L'Edit de juin 1771, art. 35, et la Décl. du 23 juin 1772 abolirent l'usage des saisines et nantissements dans son application aux hypothèques. Mais leurs dispositions ne s'appliquèrent qu'en Picardie et en Vermandois, dans le ressort du Parlement de Paris; le Parlement de Flandre et le Conseil souverain d'Artois refusèrent de les enregistrer. Le nantissement ne fut supprimé en réalité que par la loi du 19-27 sept. 1790, art. 3. Et s'il fut proscrit, ce fut à cause de son caractère féodal. Encore le droit révolutionnaire fut-il moins radical en réalité qu'en apparence; si les vaines formalités du vest et devest disparurent des lieux où la routine les avait maintenues, on conserva l'enregistrement qui les accompagnait sous le nom de **transcription** (4). Les actes d'aliénation et d'hypothèque durent être transcrits sur un registre au greffe du tribunal de district de la situation des biens, sous peine de ne pouvoir être opposés aux tiers qui avaient contracté avec le vendeur et s'étaient conformés à la loi : telle fut, du moins, la distinction faite par la loi du 11 brumaire de l'an VII (2, 26) (5). Le nantissement survivait ainsi sous

(1) L'adhéritance donne la propriété du bien et le droit d'en prendre possession d'autorité privée. Liège, 6, 8. En Vermandois, l'appréhension de fait suffit pour les alleux.

(2) Verm., 129. Chauny, 34. Reims, 167.

(3) Sedan, 261 : possession de dix ans équipolle à vesture.

(4) Transcription signifie copie. Les ordonnances sur l'insinuation prescrivent de *transcrire* sur un registre tout ou partie de l'acte de donation. Cf. ci-après, Donations. — Sur la transcription, cf. *Rhdr.*, 1855, 97, 471. Dramard, *Bibl. du Code civil*. Ci-après, § 26 et Régime hypothécaire.

(5) L. 11 brum. an VII, 2, 26 : transcription au bureau de la conservation des hypothèques. La L. du 20 sept. 1790 faisait dépendre l'aliénation du fait de la transcription, sans distinguer entre les tiers et les parties. On a prétendu que la L. du 11 brum. an VII fit cette distinction par suite d'une

cette forme simplifiée, plus moderne de la transcription, et la loi du 11 brumaire an VII a pu en faire la base de notre régime hypothécaire, car il s'y rencontrait les avantages que l'on recherche surtout : facilité de preuve, publicité et spécialité. Si le Code civil retourna en arrière en n'exigeant pas la transcription pour la validité des aliénations immobilières, la loi du 23 mars 1855 a fait revivre sur ce point les dispositions du droit révolutionnaire.

19. — **Appropriances par bannies** (1) d'après la Coutume de Bretagne (2). — Cette institution, dont l'existence n'est pas établie avant le treizième siècle (3), se rattache à la tenure d'an et jour (4). Elle sert à protéger l'acquéreur en vertu d'une vente d'abord, et, par la suite, d'une donation, d'un échange, d'un afféagement d'héritage, lorsqu'il a été mis en possession réelle par un propriétaire ayant possédé lui-même pendant un an (5).

erreur du rapporteur, Crassous (de l'Hérault), sur la législation des pays de nantissement. C'est plutôt une conséquence du changement apporté par la Révolution dans la théorie du nantissement. Les principes du droit féodal conduisaient à dire que la propriété n'était pas transmise même *inter partes* en l'absence du nantissement; mais dans le droit moderne, on a cessé de se préoccuper des droits du seigneur pour ne songer qu'à ceux des tiers.

(1) *TAC*, Bretagne, éd. Planiol, c. 39, 40, 44 (com. du XIV[e] s.; cf. sur la date, Brunner, *ZSS. GA*, 1898, 110); *AC* (1539), 267; *NC*, (1580), 269. *Comment.* de d'Argentré. Sauvageau, etc. — Guyot, *h. v°*. Couchouren, Thèse, 1888 (bibl.). Planiol*, *NRH.* 1890, 463. Chénon, *L'Ancien droit dans le Morbihan*, 1894.

(2) La Normandie a comme l'embryon de cette institution. Il n'en est pas question dans la *Summa*, c. 116, mais la C. de 1583, art. 452 et suiv., prescrit des lectures du contrat de vente à l'issue de la messe, par trois dimanches consécutifs ; ces publications sont constatées au dos du contrat. Elles constituent simplement le point de départ du délai d'an et jour pour exercer le retrait lignager; à défaut de lectures, il peut être exercé pendant trente ans. Basnage, s. Norm., p. 355. Houard, *Dict.*, v° *Clameur*. Cf. aussi Beaum., 44, 25, 26.

(3) Actes du onzième, douzième siècle, pas de bannies; mais publicité (témoins, fidéjusseurs, sceaux). Au treizième siècle, les bannies sont représentées comme un usage ancien. Planiol, p. 438. Les actes les plus anciens qui les mentionnent sont relatifs à des ventes forcées.

(4) Ci-dessus, p. 292, t. II. Ou plutôt à la procédure de la *missio in bannum*. Ci-après, Distinction entre les présents et les absents. La nécessité de la possession annale chez l'aliénateur n'est qu'un élément discordant dans le système breton des appropriances, un emprunt aux théories des romanistes. Ci-après, Droit commun coutumier. Cf. Procédure du décret forcé ou adjudication sur saisie immobilière.

(5) Pas d'appropriance pour les transactions, les jugements autres que ceux d'adjudication, ni pour l'hypothèque, accessoire des créances.

Trois *bannies* ou proclamations ont lieu, à l'issue de la messe, pendant trois dimanches consécutifs, dans le but de porter l'acquisition à la connaissance du public (1). Au quatorzième siècle, des *requêtes* sont même adressées, pour plus de sûreté, aux parents du vendeur (2). La procédure se clot par la *certification des bannies* faite par le tribunal dans le ressort duquel se trouve l'héritage vendu (3) ; et celui-ci ne se contente pas de donner acte des formalités accomplies : il prononce un véritable jugement d'adjudication au profit de l'acquéreur (4). L'Edit d'août 1626 exigea l'*insinuation* du contrat avant toute prise de possession, afin d'éviter les aliénations précipitées et de nature à échapper aux intéressés (ainsi, dans le Code civil, la transcription précède la purge) : avant de procéder à la première bannie, force était d'attendre l'expiration des six mois à dater de l'insinuation (5). L'appropriance avait pour effet de consolider l'acquisition en la rendant à peu près inattaquable (6). Les intéressés *présents*, c'est-à-dire qui se trouvaient en Bretagne, n'avaient que huit jours après la dernière bannie pour former opposition ; ce délai expiré, ils étaient forclos ; à raison de sa brièveté, on se vit obligé de le proroger jusqu'à la certification des bannies. Quant aux *absents*, ils n'étaient exclus que par la tenure d'an et jour de la part de l'acquéreur (7). Les charges normales de la propriété comme les servitudes, les rentes féodales et foncières, survivaient aux appropriances ; mais tous les autres droits sur l'immeuble disparaissaient comme par l'effet d'une purge (8) : ainsi la faculté de retrait au profit des parents ou du seigneur, les droits des créanciers

(1) Au dix-huitième siècle, les bannies sont lues et affichées.

(2) Cf. retrait lignager (offre). Par la suite, les requêtes tombent en désuétude, ce qui s'explique par l'affaiblissement du droit de la famille.

(3) *TAC*, 40. Certificat donné par la Cour sur le record du sergent qui a fait les bannies. Cf. Certification des criées en cas de décret forcé.

(4) La pratique est en ce sens ; elle admet l'appel.

(5) On se plaignait de ce que l'appropriance dégénérait en spoliation.

(6) Dans un système de propriété aussi complexe que celui de l'ancien droit, l'appropriance dut apparaître comme un véritable bienfait : elle prévenait les procès et dispensait l'acquéreur d'une enquête sur les droits de son auteur.

(7) Ce qui permet des fraudes : ils se font les prête noms des parents présents, et reprennent le fonds pour ceux-ci.

(8) L'acquéreur devient propriétaire, quoique le vendeur ne le soit pas. Ni le décret volontaire, ni le nantissement n'ont des effets aussi énergiques.

hypothécaires, ceux du vrai propriétaire et même ceux qui assuraient au vendeur le payement du prix. Les appropriances restèrent en vigueur jusqu'au 1er nivôse an IV (22 déc. 1795); le décret du 9 messidor de l'an III qui les abroge ainsi que le nantissement et les œuvres de loi (art. 276), entra en vigueur ce jour-là.

20*. — La **Vesture** et la **Prise de Ban** à Metz (1). — Anciennement, à Metz, d'après les vieux usages, le transfert de la propriété foncière s'effectuait en plaid banni, c'est-à-dire à l'audience tenue par les échevins avec le concours du maire seul en possession du droit d'émettre le ban (2); l'aliénateur investissait lui-même l'acquéreur en présence des échevins et des notables. Mais au commencement du treizième siècle, c'est le maire, assisté des échevins, qui accomplit la *vesture*, c'est-à-dire qui ensaisine l'acquéreur; celle-ci est devenue un acte de l'autorité publique, peut-être par suite de l'influence du droit féodal. On ne tarda pas à aller plus loin dans cette voie et à donner à l'autorité publique un rôle plus important; dans le courant du treizième siècle (3), la vesture fut supplantée par une autre procédure, la *prise de ban*, c'est-à-dire la proclamation solennelle de l'entrée en possession de l'acquéreur faite par un officier public sous l'autorité du maire. Il y avait lieu à quatre prises de bans; la première fixait d'une manière authentique le point de départ de la possession d'an et jour qui devait écarter toutes les prétentions adverses; les trois premiers bans étaient proclamés dans l'année aux plaids de Pâques, de la Noël, et de la mi-août; au quatrième, c'est-à-dire au début de l'année suivante, la procédure était close et le droit acquis (4). Jusque-là, à chaque ban, les intéressés avaient le droit de former opposition (*escondit*); on les y invitait même, comme cela résulte des formules employées : le maître échevin disait : *je prends ban pour* un tel *en censaux et en alluefs* (censives et alleux); sur quoi le maire se levait et criait par trois fois : *Parousse* (parle) *nul*

(1) Prost, *NRH.* 1880, 1 et 301; 1878, *L'ordonnance des maiours*, 189 et 283; *R. de législ.*, 1876 (Jugem. à Metz au treizième siècle).

(2) Sur le bannissement du plaid à l'ouverture de celui-ci, Prost, *NRH*, 1878, 209. — Voy. ci-après, *Auflassung* judiciaire.

(3) Avant 1220, pas de prise de ban; après 1263, plus de vesture.

(4) Inscription des prises de bans sur des rôles (qu'on a depuis 1220 jusqu'en 1546). — Amiens, 1209, 46 (trois plaids par an).

contre ces bans ; nul n'y parousse ; et sans doute, s'il ne s'élevait aucune protestation, le maître échevin reprenait : *et il cource*. Ces formalités accomplies, le ban était *huchié* (crié) par la ville. La prise de ban avait ainsi une supériorité sur la simple vesture; elle était entourée d'une plus grande publicité ; elle purgeait les droits des tiers qui avaient eu le tort de ne pas se présenter devant les échevins pour élever l'escondit. C'est ce qui explique l'abandon de la vesture ; c'est aussi ce qui rend raison de l'extension que reçut la prise de ban ; elle s'appliqua à toute mutation de propriété (1), entre vifs ou à cause de mort (2), par acte judiciaire ou par acte extrajudiciaire (3). Avec le temps, les institutions municipales se modifièrent (4) ; les formes de la prise de ban devinrent plus simples ; elle tomba en décadence, et au seizième siècle, on ne la trouve guère employée qu'à l'occasion des emprunts sur immeubles (5) jusqu'à ce qu'en 1641, elle disparut pour faire place au droit hypothécaire de la Coutume de Paris. S'il est facile de comprendre que le droit commun coutumier ait remplacé ces usages archaïques, leur origine est sans doute dans la pratique franque de la *missio in bannum*, et on est frappé de leur analogie avec certaines institutions des pays de nantissement, la mainmise et la mise de fait (6).

21*. — **Droit allemand** (7). — On y peut distinguer trois pha-

(1) Ou constitution de droit réel. La vesture *en aine et en fond, inani et tranffundo* (cf. *aysina* = *superpositum*, *suppellex*) est la cession en toute propriété ; au contraire, la vesture en *gagière* est faite à titre d'engagement. Pour le fief, le seigneur seul donnait la vesture ; il semble que la prise de ban fût possible sans son intervention.

(2) Succession *ab intestat*, donation, douaire, partage, etc.

(3) Actes judiciaires (qui ont été sans doute le point de départ de la procédure) : délivrance en plaid (à la suite de jugement); *estault* ou saisie des biens meubles (universalité) du débiteur par le créancier, qui est confirmée par justice ; *conduit* ou mise en possession d'un héritage par autorité de justice après le huchement (proclamation) des Treize (autorité de police) ; *exurement* et *relèvement*, prise de possession par le créancier des héritages grevés de cens et repris par le débiteur.

(4) En 1552. Depuis 1641, il n'y eut plus d'échevins, de maires, de prises de bans.

(5) Prost, *NRH*, 1880, p. 371. Ord. 1564 : une seule prise de ban. Délai de deux ans et un jour.

(6) Guyot, *h. v°* (main assise, etc.). Ci-après, Hypothèques.

(7) Sohm, *Z. Gesch. d. Auflassung*, dans *Festg. f. Thöl*, 1879. Lehmann, *ZSS. GA*, 1881 (Dr. scandinave). Stobbe, § 94 (bibl.). Heusler, II, 73. Schrœder, p. 273, 705. Huber, § 151. Brunner, *Grundzüge*, p. 176 (bibl.). Wessels Boer, *Eigendoomsverdracht*, 1887 (Néerlande). Ci-contre, *Rechte Gewere*, p. 294, t. II.

ses : *a*) la pratique de l'époque barbare que nous avons déjà décrite ; *b*) le système de l'*Auflassung* judiciaire du treizième et du quatorzième siecle ; *c*) le régime moderne des livres fonciers qui en dérive, quoiqu'il s'inspire d'un but pratique tout différent. L'*Auflassung* du moyen âge est surtout destinée à sauvegarder les intérêts du seigneur, des communautés, des familles; ce n'est que par accessoire et par surcroît que les tiers et les parties elles-mêmes en tirent avantage. Au contraire, dans le régime des livres fonciers, l'intérêt des tiers et des parties est seul pris en considération. L'évolution en ce sens a pu se produire lorsque les assemblées judiciaires auxquelles les hommes libres n'avaient le droit d'assister qu'à condition d'être propriétaires fonciers, ont cessé d'être tenues, et à mesure que la propriété roturière s'est affermie aux dépens de la propriété seigneuriale, la propriété individuelle aux dépens des droits de la famille. Le droit romain contribua à ces transformations, mais il agit en même temps comme force perturbatrice dans la marche de la jurisprudence.

L'**Auflassung** ou ensaisinement judiciaire se rattache très étroitement aux usages francs ; on a déjà vu, en effet, que les aliénations immobilières avaient lieu fréquemment en justice. *in mallo*, dans la pratique franque. Le Miroir de Saxe fait de l'intervention de la justice une condition rigoureuse du transfert de propriété (I, 52, 1 : sans le consentement des héritiers et sans l'*echte Ding*, nul ne peut céder son bien et ses gens) Cela tient à ce que la plupart des biens sont des fiefs ou des censives, et que leur aliénation suppose un retour au seigneur, retour qui s'effectue en présence de la Cour féodale ou de la justice roturière (dans laquelle se continue l'ancien *mallus*). Dans les villes, la justice appartient à l'autorité municipale ; or celle-ci ne saurait se désintéresser d'un acte qui, comme l'acquisition des terres, confère des droits importants et impose des obligations (telles que celle de contribuer aux charges publiques); aussi n'est-il pas rare que l'on interdise aux bourgeois d'un lieu de disposer de leurs terres au profit d'un autre qu'un de leurs cobourgeois (1). De là il résultat que, dans les villes, l'*Auflassung* eut lieu devant le *Stadtrath* ou Conseil de ville. Du *Hofrecht* (2) et du *Stadtrecht*, la nécessité de l'acte judiciaire

(1) Heusler, II, 85. Huber, IV, 706. *Id.* en France, cf. Giraud, II, 260.
(2) Ex. dans Huber, IV, 706.

s'étendit sans peine au *Landrecht* et aux *Landgerichte* (1). D'ailleurs, en dehors des motifs tirés du régime féodal ou du droit urbain, l'intérêt des parties et celui des tiers justifiaient cette extension : facilité de preuve, publicité de l'acte, garanties contre les tiers, tels étaient les avantages du système de l'*Auflassung* (2).

Les formalités de l'*Auflassung* sont les suivantes. Les parties, après s'être mises d'accord par une convention préalable (*Gelübde*, par exemple vente) qui correspond à la *justa causa traditionis* du droit romain (3), procèdent en justice au transfert de propriété ou *Auflassung* ; la mise en possession matérielle ou *Einweisung* complète l'acte. L'*Auflassung* n'est autre chose, au fond, que la dessaisine-saisine du droit français ; le mot lui-même signifie, à proprement parler, dessaisine, déguerpissement ; mais il sert aussi à désigner, par extension, l'ensemble de l'opération, la dessaisine et l'ensaisinement qui suit. L'aliénateur déclare qu'il abandonne le fonds au profit de l'acquéreur ; et à cette déclaration se joignent ou non, suivant les lieux, les vieilles formalités de la remise du gant, du bâton, de la motte de terre, ou le geste symbolique (*curvatis digitis*) (4). Sur quoi le juge invite par trois fois les assistants à faire valoir leurs droits et, à défaut de réclamations, constate que le droit est transféré, c'est-à-dire homologue l'acte, et met sa paix sur le bien, c'est-à-dire interdit de troubler l'acquéreur (5). Procès-verbal de l'acte est dressé, comme pour les jugements, les délibérations municipales, et inscrit sur les registres du tribunal ou du Conseil de ville ou même sur des registres spéciaux, *libri resignationum*, qui sont l'origine des livres fonciers modernes (*Grundbücher*). L'inscription sur ces registres faisait preuve comme le témoignage du tribunal. En certains lieux, on en vint

(1) *Miroir de Souabe*, I, 38, 40. Huber, IV, 706. Cf. Du droit coutumier en général, t. I.

(2) Les parties recevaient un écrit attestant l'aliénation et muni du sceau du juge (*Fertigung*) ; c'est là l'avantage principal auquel on a songé tout d'abord. Huber, IV, 703. L'acte judiciaire n'est pas devenu obligatoire dans la Suisse romande, tandis qu'il l'était dans la Suisse allemande.

(3) De là résulte une obligation transmissible aux héritiers. *Sachsensp.*, I, 9, § 1 et suiv. — Brünneck, *Gesch. d. Grundeigenth. i. Preussen*, 1895.

(4) En beaucoup de lieux, remise de la propriété par l'aliénateur au juge, et transfert par le juge à l'acquéreur. Cf. Saxe, *investitura allodialis*.

(5) Formes judiciaires, cf. Laband, *Verm. Kl.*, p. 236, ce qui ne veut pas dire qu'il y ait procès fictif. — Brunner, *Urk.*, p. 286.

à faire de cette inscription le principal et de l'*Auflassung* une formalité secondaire (Bohême, XIII[e] s.) (1).

Les effets de l'ensaisinement judiciaire du droit allemand sont plus radicaux que ceux du nantissement français. La propriété était transmise (2) non pas telle que l'avait l'auteur de l'aliénation, mais telle que le juge la donnait, de sorte que la situation de l'acquéreur pouvait être meilleure que celle de son auteur (3); il se trouvait, en effet, à l'abri de toute attaque par la vertu des formalités judiciaires. Tout au plus les tiers avaient-ils la ressource d'agir pendant l'an et jour, avant que la *rechte Gewere* lui fût acquise (4). Le rôle du tribunal rend raison de cet effet; il prenait une part active à l'acte, sommait les tiers de faire valoir leurs droits, et s'ils n'élevaient aucune prétention sur le bien, mettait sa paix sur celui-ci. Bien plus, on alla, dans certains lieux, jusqu'à faire porter son contrôle sur le contrat lui-même qui servait de base à l'aliénation (vente, donation, etc.) (5). Et pour donner plus de publicité à l'acte, quand la justice cessa d'être rendue par les assemblées populaires, on chercha à le porter à la connaissance de tous par voie d'affiches.

C'est ainsi que le système moderne des livres fonciers (6) et

(1) Tantôt les aliénations et constitutions de droits réels sont inscrites les unes à la suite des autres par ordre de date; tantôt un chapitre est ouvert à chaque fonds de manière à comprendre tous les actes de ce que l'on pourrait appeler son état civil: les recherches sont alors plus faciles et plus sûres. Des lettres étaient délivrées aux parties (*Gerichtsbrief*, *Wehrebrief*) Stobbe, § 67.

(2) Pour la possession (*Gewere*), on discute. Cf. ci-contre, p. 264, t. II. Stobbe, II, 191. Souvent une procédure était organisée pour l'*Einweisung*. *Sachsensp.*, III, 83 (*sessio triduana*).

(3) Celui-ci aurait pu être évincé par le *verus dominus*; l'ayant cause n'est pas exposé à ce danger. Mais on n'arriva point tout d'abord à reconnaître cet effet puisqu'au début, l'acte judiciaire n'était pas nécessaire. Huber, IV, 704.

(4) Ci-contre, p. 294, t. II. La prescription peut suppléer au défaut d'*Auflassung*.

(5) Huber, IV, 710 : on va jusqu'à rendre obligatoire, pour la formation du contrat, la *Ferligung* judiciaire, comme ailleurs on exige la rédaction d'un acte notarié. Ce n'est que dans notre siècle qu'on a nettement séparé le contrat et le transfert de propriété. Voy. aussi le système pratiqué à Brême depuis le treizième siècle. Frommhold, p. 150. Challamel, *Bull. de la Soc. de legisl. comp.*, 1878, p. 482.

(6) Bibl. sur l'historique des *Grundbücher*, Brunner, *Grundz.*, p. 176. Huber, IV, 711. Flammer, *Dr. civil de Genève*, p. 168. ZSS. *GA*, 1893, 1, Aubert, *Z. Gesch. deutsch. Grundbücher*). Rehme, *Gesch. d. München. Grundb.*, 1903 (dans la *Festg. f. Filling*, Halle).

le principe de la légalité qui donnent à l'acquéreur tant de sécurité et qui asseoient le crédit foncier sur une base si solide, ont leur origine dans l'*Auflassung* du moyen âge, un peu comme en France la transcription est issue du nantissement. Mais la pénétration du droit romain troubla et compliqua singulièrement la pratique allemande depuis le seizième siècle (1). Le législateur moderne a dû la remanier, mettre quelque ordre dans ce chaos afin d'en tirer le régime hypothécaire qu'on a proposé de nos jours comme modèle aux autres pays (2).

22. — **Le droit commun des Coutumes françaises** (3). **Système de la tradition feinte.** — Le droit commun des Coutumes du seizième siècle est formulé par Loysel, 746, dans les termes suivants : *Dessaisine et saisine faite en présence de notaires et de témoins vaut et équipolle à tradition et delivrance de possession* (4). Dans les contrats translatifs de propriété immobilière, on insère une clause constatant que les formalités de dessaisine-saisine ont eu lieu; la plupart du temps, ceci est contraire à la vérité; le procès-verbal notarié est mensonger; mais on n'en tient pas moins ces formalités pour accomplies. La tradition sur le papier a le même effet que la tradition réelle (5).

23. — **Origines** (6). — A côté de la tradition matérielle, on

(1) Ainsi on ressuscita la double propriété du droit romain classique, en opposant le *dominium civile* ou propriété inscrite sur le livre foncier, donnant lieu à la revendication, ne pouvant se perdre que par une autre inscription, et le *dominium naturale*, la possession basée sur un titre, protégée par l'action Publicienne et une exception *rei venditae et traditae*. Cf. *Landrecht* prussien, I, 10, 1 et suiv. En divers lieux, on abandonna les anciennes formalités où l'on ne voyait plus qu'une gêne (tout bourgeois a sa chancellerie, dit-on à Zurich, c'est-à-dire qu'il scelle lui-même et authentique ses actes). Biermann, *Traditio ficta*, 1891. Ci-après, Dr. commun des Coutumes.

(2) Besson, *Les livres fonciers et la réforme hypothécaire*, 1891. *Procès-verbaux de la Commission extraparlem. du cadastre*, 1891 et suiv.

(3) Textes dans la *Confér.* de Guénois, p. 344 et 315; Ferrière, s. Paris, 82 (bibl.). — Tiraqueau, *De jure constituti possessorii*, Opera, 1597, t. IV. — Domat, *Loix civ.*, I, 2, 2.— Pothier, *Propriété*, t. IX, p. 101, éd. Bug.— Guyot, v^is^ *Tradition, Clause de constitut.*, etc. Ferrière, Denisart, *h. v^is^*.— Bourjon, t. I, p. 270, 470 (éd. 1770).

Travaux sur les articles 711 et 1138 du C. civ., cf. Dramard, *Bibl. du Code civil. — Encicl. giur. ital.*, v° *Const. poss.*

(4) Lorris, XI, 7. Orléans, 278. Meaux, 3, 13. Sens, 230.

(5) Sentence judiciaire, Masuer, X, 9 (trad. feinte inutile). Landsberg, p. 140, 142.

(6) Brunner, *Rom. u. germ. Urk.*, I. Landsberg, *Glosse des Accursius*,

trouve déjà dans les lois romaines des cas de transfert de propriété sans remise effective de la chose à l'acquéreur : *interdum etiam sine traditione nuda voluntas domini sufficit ad rem transferendam* (Inst de Just., 2, 1, 44). Citons comme tels la remise des titres en cas de vente d'esclaves, la tradition *brevi manu* lorsque le détenteur (p. ex. un fermier) acquiert le fonds qu'il occupe, le *constitut possessoire* lorsque le possesseur devient détenteur *pro alio*, par exemple en se réservant l'usufruit du fonds qu'il aliène, ou en devenant le fermier de l'acquéreur (1). Ces procédés n'avaient, ce semble, révolutionné ni la doctrine ni la pratique qui s'en tenaient toujours, en principe, à la tradition matérielle. Mais à l'époque barbare, la tradition *per cartam* put s'y rattacher. Dans les cas où il était difficile d'opérer une remise matérielle du fonds aliéné, on s'en passa d'abord en l'aliénant sous réserve fictive de l'usufruit (pour quelques jours seulement); dès le sixième siècle, en Romagne, on considère la *retentio ususfructus* comme équivalente à la *sollemnis et corporalis traditio* (2). Un peu plus tard, au huitième siècle, la fiction de la réserve d'usufruit est délaissée pour la remise de l'acte constatant la volonté d'aliéner; il était d'usage de rédiger des actes de ce genre dès l'époque romaine; on y constatait la tradition; mais c'étaient de simples instruments de preuve; au huitième siècle, la remise de l'écrit a les effets de la *corporalis traditio* (3). Déjà avant cette époque s'introduisait en France la tradition *per cartam* (4) constatée dans les formules et dans les actes, et

1883. Biermann, *Traditio ficta*, 1891. Cf. Savigny, *Possession*, etc. Ci-dessus, p. 315, t. II.

(1) Dig., 18, 1, 74 (*claves apud horrea traditae*); 18, 6, 14, 1 (*trabes signatas*), cf. 1, 2 (*dolium signatum*); 41, 1, 9, 5 (tradition *brevi manu*); 41, 1, 18 *pr.* (constitut possessoire; 18, 1, 75; 19, 1, 21, 4, bail; 21, 3, précaire). Cod. Just., 8, 53, 28 (réserve de l'usufruit): Cod. Just., 8, 53, 1 (*emptionum mancipiorum instrumentis donatis et traditis et ipsorum mancipiorum traditionem factam intelligis*).

(2) Marini, *Papiri diplom.*, 1805, n° 86 (a. 553). Spangenberg. *Juris rom. Tabulae negot. sollemn.*, 1822, n° 183, etc. Sur les *epistulae traditionis*, cf. Biermann, p. 24.

(3) On lit déjà dans une donation de Justinien à l'église de Ravenne : *corporaliter per epistolam tradi fecit.* ZSS. *GA*, IV, 142. Textes et preuves dans Biermann, p. 28. Brunner, *Urk.*, p. 112.

(4) Brunner, p. 288. L'*Interpr.* de Paul, 1, 12, 6, n'attribue pas encore à la remise du titre l'effet de transmettre un droit réel. Mais la *L. Rom. Curiensis* est en sens contraire. Zanetti, *La legge romana ret. coir.*, 1901. Form. Turon., 14, 15. Actes divers (804, à Angers, etc.). Biermann, p. 31.

que favorisèrent sans doute les idées germaniques sur la tradition symbolique. — L'école des Glossateurs ne pouvait manquer de remettre en honneur le principe romain de la nécessité d'une tradition matérielle, mais elle entendit de façon plus large les cas exceptionnels qui figuraient dans les textes; ainsi la glose constate que la remise de l'acte (1) portant les mots *tradidit* ou des termes analogues a pour effet de transmettre la possession, et Azon déclare que *traditione instrumentorum acquiritur dominium vel possessio* (2); de même elle admet le constitut possessoire (3) sans restriction, et la pratique du temps l'a suivie, comme cela résulte du formulaire notarial si répandu de Rolandinus Passagerii (4). Par une inconséquence véritable, ou plutôt par un respect scrupuleux des textes, elle ne reconnaît point à l'*investitura abusiva* ou tradition symbolique l'effet de transmettre la possession. — Les Postglossateurs donnèrent comme la façon pratique à ces doctrines, sans arriver à les asseoir sur des bases théoriques un peu fermes (5). Pour eux, la tradition feinte s'oppose à la tradition réelle, et elle n'a guère moins d'importance. S'ils se refusent à reconnaître le transfert

Petrus, ?, 3, 13 : l'acquéreur ne devient propriétaire que s'il est *corporaliter inductus in possessionem*; mais *pro traditione rei habetur, quocumque modo res vendita remaneat apud venditorem nomine emtoris, sive nomine depositi, sive commodati; sive conductionis jure; vel etiam si venditor usumfructum retinuerit.* Le *Petrus* règle, d'après cette idée, le conflit entre deux acheteurs successifs ou entre deux donataires; mais dans ce dernier cas, il n'est question que de l'*investitura corporalis*. Cf. Cap. 825, 15, I, 331. Ci-dessus, p 314, t. II.

(1) La remise des *instrumenta emtionalia* s'entend-elle des titres du vendeur ou de l'acte de vente? Controv.

(2) Glose s. les mots *tradita sit* de la loi 2, Cod. Just., 7, 32 : *vel per haec verba tradidit vel per hoc confiteor me tuo nomine possidere, cum constat me possidere.* Cf. loi 48, D., 41, 1.

(3) Il est probable que cette dénomination est due à Azon, *Summa*, s. Cod. Just., 7, 32 : *illud quod meo nomine possideo constituo me possidere nomine alieno.* Le mot *constituo* semble emprunté à la loi 17, § 1. D, 41, 1. Les Glossateurs voient des cas de constitut dans la réserve d'usufruit, le précaire, le bail. Nulle forme n'est requise pour la validité du constitut.

(4) Formule de vente (citée par Biermann, p. 65) : *Quam rem venditor se emptoris nomine constituit possidere, donec ipsius rei possessionem accepit corporalem, quam accipiendi sua auctoritate et retinendi deinceps licentiam omnimodo dedit* (*Summa totius artis notariae*, éd. 1583). G. Durand, *Specul.*, l. IV, t. *eml.*, n° 30, 32.

(5) On trouvera dans Biermann un exposé de ces théories selon lesquelles il y aurait dans la tradition feinte un *actus corporalis*. *Siete Part.*, 3, 30.

de propriété *solo consensu* (1), s'ils ne tiennent pas compte de la clause fréquente *vendidit et tradidit* (2), c'est pour donner au constitut possessoire la plus grande extension (3), et en pratique cela revient au même : ils nous apprennent qu'il n'est pour ainsi dire pas d'acte d'aliénation où ne figure la clause de constitut, et plusieurs soutiennent que si on a oublié de l'insérer, il y a lieu de la sous-entendre (4); c'est la *communis consuetudo Italiae* (5). Comme pour la tradition réelle, ils exigent que l'aliénateur soit en possession au moment où elle a lieu; sans quoi elle serait inefficace (6). En cas de deux traditions successives du même fonds, l'une feinte à *Primus*, l'autre réelle à *Secundus*, ils enseignent que la première l'emporte (7). Ils ne sont pourtant pas allés jusqu'à reconnaître à la tradition symbolique les effets du constitut, mais l'*usus modernus Pandectarum*, en Allemagne, n'a pas hésité à le faire. Pour les auteurs qui l'ont formulé, la remise de la possession n'est qu'une forme de la déclaration de la volonté d'aliéner et d'acquérir : ce qui revient à dire que le transfert de propriété résulte uniquement de la convention (8).

(1) Balde, *Com. in usus Feud.*, n° 28; *Consil.*, 337, n. 12.

(2) Jason et d'autres constatent que cette clause *semper dici solet in instrumentis;* une minorité y voit un constitut tacite. Biermann, p. 80.

(3) Ainsi ils permettent non seulement le constitut qui se rattache à une *causa detentionis* (par exemple à une réserve d'usufruit), mais le constitut abstrait, par cela seul que l'aliénateur déclare : *constituo me tuo nomine possidere.* Biermann, p. 107. Cf. ci-dessus, glose sur *tradita sit.*

(4) Biermann, p. 197.

(5) Cf. Biermann, p. 308 (le constitut est très fréquent *apud Gallos, Italos, Germanos*, dit-on au dix-septième siècle). — Cf. Pratique italienne : en Sicile, ventes devant les tribunaux au quatorzième siècle; publications dans les assemblées populaires, sur les places. A Venise, *judices ad contractus*, registres publics. A Florence, registre de transcriptions immobilières au quatorzième siècle. A Naples, sorte de cadastre. — *Acta tirolensia*, t. II, 1899.

(6) Biermann, p. 112. Quelques-uns justifient cette solution par l'idée que *nemo dat quod non habet.* C. de Toulouse, 93.

(7) Guido de Suzaria, Jean d'André, cf. Gui Pape, q. 112, 101, 126. L'opinion contraire a cependant des partisans, voy. les notes s. Gui Pape : *per investuram non transfertur dominium nec possessio; sola investitura nihil prodest contra eum qui veram et actualem accepit possessionem licet is posterior sit.* La question se pose à propos de l'interprétation de la loi *Quoties*, 15. Cod. Just. *de Rei Vind.*, 3, 32. La C. de Toulouse, 93, 147, 148, admet aussi que le vendeur garde la propriété à l'égard des tiers, tant que l'acheteur n'a pas pris possession matériellement. Cf. sur ces articles, Casaveteri et Soulatges. Serres, *Inst.*, 2, 1, 44. Ci-dessus, p. 241, t. II (*Jus ad rem*).

(8) V. dans Biermann, p. 217, des détails sur le dr. allem. depuis Carpzov.

24. — **Formation de la pratique française.** — L'application de ces doctrines où s'accusait une tendance marquée à la simplification, se fit de très bonne heure en pays de droit écrit où les biens allodiaux étaient nombreux; dès le onzième siècle, les actes portent la mention *vendidit et tradidit;* le *bail de la cède*, le bail de la plume du notaire (1) se rattachent visiblement à la pratique de l'époque franque. Les conventions fictives de précaire, de bail, de réserve d'usufruit sont aussi en usage par la suite; l'acquéreur est autorisé à prendre possession quand bon lui semblera et de sa propre autorité; jusque-là l'aliénateur possède en son nom (2). Ces clauses devinrent de style et furent sous-entendues, au besoin, dans les actes (3). Néanmoins, pour les fiefs, les Coutumes du treizième et du quatorzième siècle s'en tiennent encore au vieux système de la dessaisine-saisine (4).

Dans le Nord, l'usage général, dès le quatorzième siècle, semble avoir été de constater dans les actes le fait imaginaire de la dessaisine-saisine; la clause devint de style, ainsi que les clauses de précaire et de constitut qui s'y joignirent fréquemment (5), mais à la différence de ce qui s'était produit dans le Midi, elle ne fut pas sous-entendue en cas d'oubli. *Ne prend saisine qui ne veut*, telle est déjà la règle du *Gr. Coutumier* (6), et elle ne souffre d'exception que pour le fiefs; l'investiture seigneuriale a été longtemps regardée comme indispensable pour cette catégorie de biens (7), mais on a fini par ne pas les traiter

(1) Ci-contre, p. 322, t. II. Soulatges, s. Toulouse, p. 237.

(2) *Théorie et Pratique des notaires*, 1629, p. 130 : « soy devestissant ledit vendeur dudit moulin et ledit acheteur investissant par le bail de la plume en la manière accoutumée pour en prendre possession quand bon lui semblera. Ce qu'il pourra prendre de son autorité propre. Et jusqu'à ce ledit vendeur se constitue tenir et posséder iceluy moulin au nom de précaire ou simple constitut pour ledit acheteur. » Masuer, XI, 40 : l'acheteur ou le donataire ne peut prendre possession de sa propre autorité que si l'acte porte qu'il y a eu tradition. — Cf. G. Durand, *Spec.*, IV, 3.

(3) Serres, *Inst.*, 2, 1, 41. Cf. Domat, *Loix civ.*, 1, 2, 2, 5. Julien, *Elém. de jurisp.*, p. 306. Astruc, *Tr. des tutelles*, 1758.

(4) Toulouse, 129. Agen, 38. Tonneins, 161, etc.

(5) Paris. 175 et la *Conf.* de Guénois. Pothier, IX, n° 67, éd. Bug. Masuer, XI, 37, 61 (précaire). Meaux, 3, 13, etc. (rétention d'usufruit).

(6) *Gr. Cout.*, 2, 19, p. 233. *Cout. not.*, 72.

(7) *Gr. Cout.*, 2, 19, p. 233; de ce passage il résulte que rien ne remplace l'investiture seigneuriale, ni *le bail des lettres de vendition*, ni la retenue de l'usufruit; mais cela n'est vrai que pour les fiefs.

autrement que les censives ; l'unique différence qui ait persisté entre fiefs et censives est la nécessité, par ceux-là, de la prestation de la foi et hommage : *on ne peut acquérir vraie saisine en fief sans foi ou assentiment du seigneur* (Loysel, 747) (1).

Remarquons pourtant que l'ensaisinement par le seigneur n'a point perdu toute utilité (2). L'année du retrait lignager court à dater de ce moment, d'après diverses Coutumes restées fidèles à la vieille tradition. Parfois on s'est encore dispensé de cette formalité en admettant que l'*appréhension de fait équipolle à saisine* (c'est-à-dire à l'ensaisinement seigneurial) (3). Dans quelques lieux, par exemple à Senlis, dans le Valois, il y a un ensaisinement spécial pour les rentes ; leur constitution est inscrite sur un registre public ; les rentes ensaisinées sont préférées aux autres.

25. — **Conditions et effets de la tradition feinte** (4). — La tradition feinte ne transmet la propriété que sous certaines conditions ; elle suppose : *a*) un acte notarié (5) ; c'est là, du moins, une nécessité de fait (6) ; *b*) la clause de dessaisine-saisine ou une clause équivalente (7) ; *c*) un aliénateur en possession réelle

(1) Il n'était donc plus nécessaire de recevoir la saisine du seigneur. Du reste, la foi et l'hommage se réduisirent eux-mêmes à la rédaction d'un acte écrit.

(2) Un arrêt du Conseil du 7 août 1703 réglementa l'ensaisinement des biens situés dans la mouvance du roi. Pothier parle encore de l'ensaisinement et du droit de saisine auquel il donnait lieu, indépendamment des lods et ventes. Sur le taux, cf. Kérallain, *Th.*, p. 142. — Les formalités de l'ensaisinement ne furent complètement abrogées qu'en vertu de la loi du 5-17 décembre 1790.

(3) Cf. ci-dessus, p. 295, n. 3, t. II.

(4) Charondas, *Rép.*, 2, 62. Ricard, *Don.*, I, 901. Argou, *Inst.*, 3, 23.

(5) Nécessité d'un acte notarié pour tous contrats relatifs aux immeubles, d'après les Statuts de Vaud., I, 6, 4. Huber, IV, 709. — Cf. Loysel, 746.

(6) Pasquier, *Instit.*, p. 256. L'acte notarié assure au vendeur un privilège sur la chose vendue pour le payement du prix. La vente par acte sous seing privé ou verbale ne lui donnerait pas cet avantage ; elle serait difficile à prouver, surtout la vente verbale depuis l'Ord. de Moulins. De plus, les créanciers hypothécaires en vertu d'un acte public seraient préférés à des acquéreurs par acte sous seing privé. Soulatges, sur la Cout. de Toulouse, p. 238, supposant un conflit entre deux acheteurs, l'un par acte public, l'autre par acte privé, donne la préférence au premier, à moins que le deuxième n'ait été mis en possession réelle. — L'acte public est de rigueur en cas de donation.

(7) Clause de constitut par laquelle le vendeur qui retient la chose déclare qu'il se constitue possesseur pour et au nom du propriétaire. Clause

du fonds, de façon à ce que l'acquéreur puisse se mettre en possession lui-même ; par là la fiction se rapproche de la réalité ; elle n'est acceptée que si elle n'est pas trop en opposition avec les faits. Si l'aliénateur qui déclare se dessaisir n'est pas en possession, les faits donnent un démenti aux déclarations de l'acte, et on ne tient compte que des faits (1). Si donc le propriétaire d'un fonds en avait fait la tradition réelle à un premier acquéreur, celui-ci l'emportait sur un acquéreur postérieur qui avait obtenu la tradition feinte (2). On discutait sur le cas inverse : une tradition feinte l'emportait-elle sur une tradition réelle postérieure en date ? Pothier le croyait, mais Ferrière, Guyot, Henrys soutiennent que la tradition réelle doit être préférée ; selon ces auteurs, par les clauses de constitut et autres, la propriété n'est pas transmise à l'égard des tiers (3). Les mêmes difficultés se présentaient en cas de conflit entre un acquéreur et un créancier du vendeur, ayant une hypothèque ou pratiquant une saisie sur le fonds vendu. Si le vendeur (4) ou, d'une manière plus générale, l'aliénateur était propriétaire, l'acquéreur le devenait ; mais, au cas contraire, il n'avait pas plus de droits que son auteur, à la différence de ce qui se passait dans les autres systèmes de transmission où l'acheteur pouvait devenir propriétaire sans que le vendeur le fût ; l'aliénation occulte ne saurait, en effet, constituer un titre nouveau pour l'acquéreur ; il succède à son auteur ; tout au plus jouit-il du bénéfice de l'usucapion par dix à vingt ans.

de précaire par laquelle il déclare qu'il ne possède que précairement, sous le bon plaisir du propriétaire. Rétention d'usufruit.

(1) Sur la règle *Donner et retenir ne vaut*, cf. ci-après Donations. Argou, *Inst.*, I, 292 : la tradition est nécessaire pour que les donations soient valables ; mais en dehors des pays de nantissement, on se contente de la tradition feinte par la rétention de l'usufruit et les clauses de constitut et de précaire. Paris, 275. Louet, I. V, s. 1. La Thaumassière, s. Berry, VII, 1. Denisart, v° *Clause*. Masuer, XI, 36.

(2) *AC. Bourg.*, 62, dans Giraud, II, 279.

(3) Pothier, *Vente*, n° 322. Guyot, Ferrière, v° *Tradition*. Soulatges, *op. cit.*, p. 238. Henrys. *Œuvres*, t. IV, 5e éd., p. 528 (vente, n° 20). Cf. P. de F., 17, 18. *Petrus*, 2, 3, 13. Glück, *Pandect.*, 17, 215.

(4) Notons qu'en cas de vente, on exige, pour le transfert de propriété, que le prix ait été payé, conformément au § 41, Inst. Just., *de rer. div.* Pothier, n° 242. Rousseaud de Lacombe, v° *Précaire* : l'acquéreur déclare tenir à titre de précaire jusqu'à l'entier payement du prix ; il n'en résulte en faveur du vendeur qu'un privilège sur le fonds. D'Olive, *Quest. not.*, 4, 9 : 2, 17. Despeisses, 1, 6, 19. Landsberg, p. 114.

26. — **Appréciation du système de la tradition feinte.** — La pratique que nous venons de décrire constituait une rupture complète avec l'ancien droit et son système de traditions symboliques entourées de publicité, entravées par les droits du seigneur et ceux de la famille. Elle correspond à cette phase de l'histoire de la propriété foncière où les droits du seigneur et de la famille s'affaiblissent; à l'encontre des lignagers s'affirme le droit de l'individu; à l'encontre du seigneur la patrimonialité des fiefs et des censives. Les formalités des traditions symboliques tombèrent dès lors en désuétude, puisqu'elles servaient surtout à faire valoir des droits disparus; il n'en subsista que la mention dans les actes notariés (1). La tradition matérielle avait été rejetée au second plan par les vieux usages; on l'y laissa, sauf aux romanistes à lui vouer en souvenir du passé un culte platonique : elle était sous-entendue dans le Midi comme le vest et devest dans le Nord. On arriva ainsi, pour la plus grande partie de la France, à un système uniforme de tradition feinte, d'où est issue la règle plus simple du Code civil, à savoir que la propriété se transmet par le seul consentement (2).

Les théoriciens du droit naturel l'avaient déjà formulée ; elle se trouve dans Grotius, et son opinion, acceptée par Puffendorf, ne passa point inaperçue des civilistes, puisque Pothier la rapporte (3). Il est vrai que ceux-ci évitent de dire que la propriété se transmet par le seul consentement; ce serait heurter de front des textes respectés et rompre ouvertement avec la tradition ; ils préfèrent rattacher leurs solutions aux clauses d'usage dans les actes notariés. Dès le seizième siècle, certaines coutumes parlent de *clauses translatives de propriété* (4). Un peu plus tard, Loysel, à côté d'axiomes où le passé trouve encore son

(1) Vaines protestations de Dumoulin, s. Paris, I, 20, 5, 16 : *neque vera neque ficta traditio.*

(2) L'innovation du Code civil a consisté à peu près uniquement à dispenser d'insérer dans les actes une clause devenue de style, et à ne plus exiger la rédaction d'un acte notarié. — Héricourt, *Ventes p. décret*, 186, 352. Endemann, *op. cit.*, II, 83.

(3) Grot., *De j. belli*, 2, 8, 25; 2, 12, 15. Puffendorf, *Dr. de la nature*, 2, 9, 8. Pothier, *Propr.*, n° 245. — Déjà la Glose, sur I. 23, Cod. Just., 1, 2, et sur les *Inst.*, 2, 1, 45. admet que l'Eglise et la *civitas* acquièrent la propriété par l'effet de la convention, sans tradition; Covarruvias, *Resol.*, II, 19, 3, et d'autres décident de même pour le prince. *Add.* Landsberg. p. 140, 12.

(4) Sens, 250.

expression, constate le droit nouveau : *L'on n'a pas plus tost vendu la chose qu'on n'y a plus rien* (n° 407) ; s'il pouvait y avoir des doutes sur le sens et la portée de cette règle, son commentateur, Laurière, se chargerait de les dissiper : *Ainsi*, dit-il, *parmi nous, dès que la vente est parfaite, le domaine de la chose vendue est transféré sans tradition, contre la disposition de la l. 20 de pactis.* Domat sous-entend la clause de précaire dans la vente, et arrive au même résultat. Ricard se plaint de ce que la tradition ne sert plus qu'à grossir les clauses des contrats. Les romanistes, entre autres Pothier, résistent seuls à l'entraînement général ; encore n'est-ce que pour la forme (1).

Le système de notre ancienne jurisprudence a été diversement apprécié. Il semble qu'ayant à choisir entre deux régimes, l'un clandestin et plein d'inconvénients, l'autre fait de publicité et offrant les plus grands avantages, elle se soit assez aveuglement prononcé pour le pire. Mais ceux qui voient les choses sous cet aspect ont le tort de transporter dans le passé des idées qui peuvent être bonnes pour notre temps (2). Le plus grave reproche adressé au système de la tradition feinte est de laisser la propriété incertaine : le tiers acquéreur, le créancier hypothécaire ne sont jamais sûrs de traiter avec le propriétaire du fonds que l'un achète, sur lequel l'autre prend hypothèque, puisqu'une aliénation occulte peut à chaque instant faire passer la propriété d'une personne à l'autre. Mais cet inconvénient était plus théorique que pratique. La plupart du temps, l'acquéreur d'un fonds était un voisin ; les surprises étaient difficiles. Et lorsqu'elles risquaient de se produire, l'intervention des notaires les empêchait neuf fois sur dix, car le notaire auquel il fallait recourir, aussi bien pour les aliénations que pour les constitutions d'hypothèques, était renseigné sur les droits des parties : il ne devait agir qu'à bon escient, sous peine d'engager sa responsabilité. Il y avait donc dans les mœurs et dans les usages des palliatifs qui rendaient tolérable le système adopté par le droit coutumier français. Sans quoi on ne s'expliquerait pas que le Code civil y fût revenu, en l'exagérant, alors qu'il avait sous les yeux le régime de publicité

(1) Domat, *Loix civ.*, 1, 2, 2, 5. Ricard, *Don.*, n° 902. Ferrière, v° *Constitut.* Pothier, n° 186, 245 ; cf. Vente, 314. Serres, *Inst*, p. 130.

(2) Cf. cependant ci-dessus, p. 324, n. 3, t. II.

emprunté par la Révolution aux Coutumes de nantissement (1).

Il ne faut pas oublier non plus que la législation royale avait tenté elle-même de réagir contre la transmission occulte des droits réels. C'est ainsi que l'Ord. de Villers-Cotterets, 1539, art. 132, prescrivait, à peine de nullité, l'insinuation ou enregistrement au greffe des juridictions royales des donations (2). (Cf. Ord. 1566-1731.)

On se proposait par là de les rendre publiques, afin d'éviter toute espèce de fraudes et de protéger les tiers, quels qu'ils fussent, auxquels elles pouvaient nuire, même les créanciers chirographaires, les légataires et les héritiers. Lorsque la loi du 11 brumaire an VII établit la transcription, les donations d'immeubles se trouvèrent soumises à la double formalité de l'insinuation et de la transcription. C'est ainsi encore que l'Edit du 3 mai 1553 décida que ni propriété, ni droit réel ne peuvent être acquis sans insinuation de la vente ou de l'acte y relatif, mais il ne fut pas exécuté; l'Edit de décembre 1703, appelé communément l'*Edit des insinuations laïques* (3), et l'Edit d'octobre 1705 ordonnaient d'insinuer, non seulement les donations, mais tous les contrats et actes dont le public a intérêt à avoir connaissance, et en particulier les actes translatifs de propriété. Tous ces actes ne pouvaient être signifiés, produits en justice, utilisés pour passer d'autres actes et, en général, pour en faire un usage public, qu'à la condition d'avoir été insinués : sans l'insinuation, ils n'avaient aucun effet « en justice ou autrement (4). » On verra plus loin qu'on prit aussi des mesures, — mais sans succès, — pour la publicité des hypothèques.

27. — **Droit anglais** * (5). — En laissant de côté la période

(1) Ce n'est point ce que le Code civil a fait de mieux ; mais il serait ridicule de croire que ses rédacteurs ont, de gaieté de cœur ou en haine des institutions révolutionnaires, ressuscité un système condamné sans recours par une expérience séculaire. — Cf. Flammer, *Dr. civil de Genève*, p. 169.

(2) Ord. Villers-Cotterets, août 1539, art. 132. Ord. de Moulins, art 57. 58. Ord. 1731 sur les donations.

(3) Guyot, v° *Contrôle. Insinuation.* Sur le contrôle, Edit 1581, 1693, 1699. Isambert, Table, *h. v°.* Publicité restreinte, cf. Edit 1581, art. 8, et L. 22 frim. an VII, art. 58. But fiscal de ces édits.

(4) Guyot, v° *Insinuation.* Ferrière, *Sc. des notaires, in f.*

(5) Bibliographie. — Pollock et Maitland, II, 82 — Pollock, *Land laws.* 3e éd., 1896. — Lehr, *Elém. de dr. civ. anglais*, p. 232 et suiv. (bibl., p. 731), — Glasson, *Hist. du dr. et des inst. de l'Angleterre*, I, 133; II, 252; III,

anglo-saxonne qui est mal connue (1), il est facile de constater qu'en Angleterre l'évolution s'est faite vers la simplification comme dans le droit commun des Coutumes françaises (2), vers la sécurité de l'acquéreur comme dans les pays de nantissement. Mais le régime de la propriété foncière y est si complexe, que la question de l'aliénation des immeubles s'en ressent; elle a été résolue de façon diverse suivant la nature des biens et le caractère des droits transmis. Peut-être est-il bon de rappeler à cette occasion qu'il n'y a pas en Angleterre de propriété allodiale. Toute terre relève médiatement ou immédiatement de la couronne. Aussi Williams a-t-il pu dire : la première chose que doit faire un étudiant en droit est de se débarrasser de l'idée d'une propriété absolue; nul, d'après notre loi, n'est propriétaire absolu des terres; il peut seulement avoir sur elles un *estate*. Et lord Sherbrooke, substituant une formule moderne à celle du droit féodal, affirme que « la terre est une espèce de propriété sur laquelle le public a, à raison de sa nature, en commun avec le propriétaire une espèce d'intérêt qui som-

187; IV, 227; V, 92, 276; VI, 339 (bibl. en tête de chaque vol.). Ci-dessus, p. 198, t. II.

(1) Un trait remarquable du droit anglo-saxon est la distinction entre le **bocland** et le **folcland**. Schmid, *Ges. d. Angels.*, Gloss., *h. v^is*. Par *bocland*, on entend une terre concédée *per cartam* (de là son nom, *boc* = *liber*, *carta*; *land* = terre; ou les équivalents latins *terra codicillaria*, *testamentaria*); c'est ainsi qu'au neuvième, dixième siècle, le roi, du consentement de ses *witan*, concède des domaines à des églises, à des monastères, parfois à des laïques, en leur conférant des droits fort étendus, la pleine propriété (de là la traduction *alodium* qu'on trouve parfois). C'eût été la propriété individuelle par opposition à la propriété collective représentée par le *folcland* (terre du peuple, *ager publicus*). Mais cette signification de *folcland* (généralement reçue depuis J. Allen, 1830) est rejetée aujourd'hui; Vinogradoff (*Engl. hist. Rev*, janv. 1893), remettant en honneur une explication de Spelman (*Gloss. archaiol.*, 1689), a montré que le *folcland* était la terre possédée en vertu du droit populaire, de la Coutume, sans titre écrit. Toutes les terres, en principe, rentrent dans cette catégorie, le *bocland* n'étant qu'une exception, une institution d'origine étrangère introduite dans l'intérêt de l'Eglise. Le *folcland* peut appartenir au roi ou à de simples particuliers, être un objet de propriété individuelle ou collective; mais tout porte à croire que les terres communes étaient fort nombreuses à cette époque. Sur l'aliénation, cf. Pollock, *Landl.*, 199. Maitland, *Domesdaybook*, p. 226 et suiv. Brunner, *Rechtsg. d. röm. u. Germ. Urk.*, 1880.

(2) Pollock, *Landl.*, p. 73 : on est passé d'une publicité simple, mais gênante, au secret le plus absolu des transactions immobilières, sans que le législateur ait rien fait dans ce but, et même, à vrai dire, contrairement à sa volonté.

meille (1). » Sans vouloir rechercher si « le réveil du cointéressé » ne risque pas de préparer des crises d'une redoutable gravité dans l'avenir, constatons que dans le passé, cette constitution de la propriété, combinée avec des substitutions, des charges diverses, des droits de résolution (*remainder*, réversion) (2), a opposé mille difficultés aux transactions en matière immobilière.

I. **Freehold** ou franc tènement, tenure comparable au fief français. — A° **Feoffment with livery of seisin** (inféodation avec mise en possession, *feoffamentum*, *traditio saisinae*). Dans la rigueur du droit, la concession (*dare et concedere*, *give and grant*) d'un droit héréditaire ou viager sur un franc tènement requiert de toute nécessité la mise en possession matérielle de l'acquéreur; elle a lieu en fait ou en droit (3) : *a*) *en fait*, quand les parties sont sur les lieux; le seigneur concédant met entre les mains du concessionnaire le marteau ou l'anneau de la porte (*tradere per ostium*, *per haspam vel annulum*), s'il s'agit d'une maison; un bâton ou un gant (*per fustem*, *baculum*, etc.), s'il s'agit d'un champ (4); *b*) *en droit*, lorsque le fonds est à portée de la vue; le seigneur montre l'immeuble au tenancier en l'invitant à en prendre possession (*tradere per aspectum*), et celui-ci se conforme à cette invitation (5). Au treizième siècle, au moins, il est d'usage, sans que ce soit une nécessité légale (sauf depuis 1845), de constater la transaction par un écrit scellé (*deed* = *factum*), et l'on remet à la fois le symbole et l'écrit (6). Mais la

(1) *Ann. de lég. étr.*, 1887, p. 43.

(2) Statut *de donis conditionalibus*, 1285; *Quia Emptores*, 1290; *of Mortmain* (cf. le *Mortmain Act.* de 1890, 1892). Le premier de ces statuts contribua tout particulièrement à compliquer le régime de la propriété foncière en permettant de créer, ou plutôt en développant le *fee tail* (*feodum talliatum*, c'est-à-dire limité). Infinis furent ses inconvénients, dit Coke; si tous les estates étaient en fief simple, les acquéreurs seraient sûrs de leurs acquisitions, les fermiers de leurs baux, les creanciers de leurs créances : le roi et les seigneurs auraient leurs échoites, forfaitures et autres droits seigneuriaux. La *forma doni* met le trouble et la confusion partout en substituant à des règles simples l'enchevêtrement des caprices individuels.

(3) *In deed* et *in law* (Coke).

(4) Bracton, f. 40. Britton, II, 9 (c. 40, éd. Houard). Littleton, 70. Il y aurait lieu, bien entendu, à dessaisine préalable entre les mains du seigneur, s'il s'agissait d'un fief déjà constitué.

(5) Bracton, f. 41. Cf Azon, *Inst.*, 2, 1, 40; *Summa in Cod.*, p. 436. Glanville, 7, 1. Ci-contre, n° 23.

(6) Littleton, 370. Il n'est pas rare que l'acte soit rédigé en triple enden-

propriété n'est transmise, dit Bracton, ni par l'hommage, ni par la rédaction d'un écrit, ni par une tradition fictive ; rien ne remplace la tradition matérielle (1). Il est difficile de s'expliquer la rigueur de cette exigence à un moment où la tradition symbolique était si répandue sur le continent et où son efficacité ne faisait pas doute. Nous avons là un phénomène de régression vers le matérialisme du droit primitif, dont il faut peut-être chercher la cause dans les usages anglo-saxons, ou dans un retour à la barbarie à la suite de la conquête normande. Il trouvait même un point d'appui dans les doctrines des glossateurs, aux yeux desquels la tradition matérielle était nécessaire en principe. Quelle qu'en soit la raison, ces pratiques formalistes rendaient souvent impossible le transfert de la propriété (absence, maladie, etc.).

B° **Lease and release** (bail et abandon, *laxare et relaxare*) (2). C'est la tradition *brevi manu* du droit romain. Tout en s'attachant étroitement à la nécessité de la remise matérielle, la pratique anglaise admit dès le treizième siècle, probablement sous l'influence des Romanistes, qu'il y avait des cas où *sine traditione transit dominium :* ainsi lorsqu'un franc tenancier a donné à bail son fonds, de manière à en procurer la détention au fermier, il lui est loisible de lui céder ses droits par un second acte ; *ipso facto*, sans qu'il soit besoin des formalités de la *livery of seisin*, le fermier devient propriétaire. Mais c'est là une solution qui ne peut se produire que dans des circonstances exceptionnelles. C'est un accident dans le droit de cette époque, car le *release* ne satisfait ni aux tendances matérialistes de la *common law* ni aux exigences de la loi féodale ; il a encore le défaut d'être clandestin, la cession (*grant*, *remit*, *release*) n'étant constatée que par un acte scellé (*deed*) remis à l'acquéreur. Pas plus que la *livery of seisin*, le *release* ne met l'acquéreur à l'abri des

ture (Cf. Diplômes et Chartes, t. I) ; l'une est remise à un tiers, par exemple au suzerain.

(1) Cf. Littlon, 66. Par exemple les héritiers de l'aliénateur ne seraient pas liés. — La *traditio saisinae* n'était point requise pour les tenures inférieures (à temps ou à volonté), c'est-à-dire pour celles qui n'étaient pas franches (à vie ou héréditaires). La simple délivrance de l'acte de concession suffisait pour le transport des choses incorporelles (droits de patronage, de réversion, rentes, etc.). Ci-après, Uses, (*deed of grant*).

(2) Bracton, f. 41, 45. Littleton, 444 suiv. Autre expression : *reddere et quietum clamare.*

réclamations des tiers. La publicité des aliénations et la sécurité des acquéreurs ne furent obtenues que par les modes judiciaires dont il va être question (1).

C° **Fine** ou reconnaissance en justice (2). A la suite d'un procès fictif entre l'aliénateur et l'acquéreur (3), procès dans lequel ce dernier se prétend dépossédé par l'autre (4), le défendeur sollicitait un arrangement ; la Cour donnait aux parties le congé de se concilier, et l'acte de conciliation par lequel le défendeur reconnaissait le droit de propriété de l'acquéreur, était lu publiquement devant les juges (ou devant des commissaires) dont le devoir était de s'assurer de la capacité et de la liberté des parties (5). Acte du tout était dressé, et cela, au moins depuis 1195, en triple expédition dentelée, dont l'une, dite *pes finis*, était conservée au Trésor royal, les autres remises cha-

(1) **Attornment** (c'est-à-dire aveu, reconnaissance). Si le vassal ou le censitaire peut se substituer un tiers en lui cédant son fief ou sa censive, le seigneur est autorisé, de son côté, à céder sa seigneurie et à subroger ainsi une tierce personne dans ses droits. Le possesseur d'un manoir en a, d'ordinaire, une partie en domaine, une autre en service, entre les mains de vassaux ou tenanciers. Quand il veut aliéner ce manoir, il faut que tous ses vassaux ou tenanciers y consentent, expressément, en disant au nouvel acquéreur, lors de l'acte de cession, *i attorn to you*, etc., et en lui remettant un pfenning ; tacitement, en s'acquittant à son profit des services qu'il devait. Comme on le voit, l'*attornment* est le pendant de l'obligation pour le vassal d'obtenir le consentement du seigneur quand il aliène son fief; et l'un comme l'autre s'expliquent par le caractère personnel des relations féodales. Sous Edouard III, on reconnut au vassal le droit d'aliéner son fief sans l'autorisation du seigneur, moyennant une amende au profit du roi, et, par une juste réciprocité, le consentement des tenanciers put être suppléé par un bref du roi. L'*attornment* servait aussi aux transports de rentes pour lesquels le consentement du débirentier fut d'abord nécessaire ; on finit par se contenter de lui signifier la cession. Littleton, 551. Britton, 41. Glasson, IV, 241. Même système en Bretagne. Ragueau, v° *Attournances*, Cf. Collinet, *NRH*, 1895, 647.

(2) *Finalis concordia quia imponit finem litibus.* Glanville, 8. Statuts *de modo levandi fines* (date ? caractère ?), *de finibus levatis* (Edouard I^er^), etc. (dans *Stat. of the Realm*). Littleton, 441. Coke, II *Inst.*, 511. Blackstone, 2, 21, et *App.*, n° IV. Pollock et M., II, 94. On dit qu'une *finis* est levée. Sur cette expression, cf. Du Cange, v^is^ *Finis*, *Finem, levare*. Brunner, *Urk.*, p. 286.

(3) Pour l'intenter, on devait payer un droit ou *fine* au roi, et on lui en payait un autre pour l'autorisation de transiger.

(4) Parce que celui-ci n'exécute pas la convention passée entre eux.

(5) Nécessité de la possession chez l'aliénateur; sans quoi deux personnes quelconques auraient pu dépouiller le propriétaire d'un fonds en simulant un procès sur ce fonds. Même observation pour les *communs recouvrements*.

cune à une des parties (1). A cette procédure s'attachaient les mêmes avantages qu'à un jugement sur un litige réel : 1° preuve facile de l'acte, la conservation du *pes finis* au Trésor étant une garantie de premier ordre contre la perte ou les falsifications des titres; 2° exécution assurée ; 3° et surtout exclusion de toutes les réclamations qui ne se produisaient pas de suite ou, au plus tard, dans l'an et jour (2) : *non in regno Angliae providetur vel est aliqua securitas major vel solemnio per quam aliquis statum certiorem habere possit quam... finem in curia domini regis levatum.* Pas plus qu'un jugement, elle ne transfère la saisine à elle seule; si l'acquéreur veut qu'elle soit pour lui l'équivalent du *feoffamentum cum traditione saisinae*, il faudra qu'il se mette en possession du fonds par quelle voie que ce soit, bonne ou mauvaise (3). Les effets du *fine*, très énergiques, se produisaient dans un délai trop bref; un statut d'Edouard III (XIV^e^ s.) reconnut aux tiers le droit de l'attaquer en tout temps ; le remède était radical, mais il avait le défaut d'enlever à l'institution sa principale utilité; peu d'hommes étaient assurés de leurs possessions. Aussi sous Henri VII (fin du XV^e^ s.), le Parlement, prenant un moyen terme entre ces deux solutions, permit les réclamations pendant cinq ans, à dater de la lecture publique du *fine* ; les droits des mineurs, des femmes mariées, des aliénés, des absents étaient réservés.

D° Le **commun recouvrement** (*common recovery*) (4), de date

(1) La *finis* fut prouvée d'abord par le record de Cour, puis par des actes écrits. C'est de 1195 que date la rédaction en trois exemplaires, dont l'un est gardé au Trésor; dans le nom donné à ce dernier, il y a un jeu de mots sur le français *pes* (paix, transaction) et le latin *pes* (pied), comme il y en a un dans *fine*, qui peut se rattacher au latin *finis* et au français *finer* (finance), payer une amende, un droit (*fine* veut dire amende, droit de mutation). E. des *fines* depuis 1182 à 1272. Pollock et M., I, XVIII.

(2) C'est là l'effet le plus remarquable de la *finis* : une aliénation ainsi faite, dit le Statut *modus levandi fines*, n'oblige pas seulement les parties et leurs héritiers, mais tout l'univers. Ceci s'explique par ses origines mêmes. Ce mode d'acquérir supposa d'abord un procès réel en revendication intenté devant la Cour locale; or, c'était une obligation pour les francs tenanciers d'assister à ses séances ; il n'y avait rien d'inique à les déclarer déchus de tout droit, lorsqu'ils ne protestaient pas contre la sentence qui intervenait ; présents, ils avaient tort de ne pas assister à l'assemblée judiciaire. — Entre autres conséquences de cet effet, notons la chute des substitutions; le grevé qui aliénait les biens substitués en se servant du *fine* (ou du commun recouvrement), faisait tomber la substitution.

(3) Cf. ci-dessus, p. 262, t. II.

(4) Procédure ainsi appelée, parce qu'on est censé recouvrer son bien et

plus récente que la *levatio finis,* repose, comme celle-ci, sur un procès fictif. D'après le droit commun, les monastères et autres établissements de mainmorte ne pouvaient acquérir de biens-fonds sans l'autorisation du roi, sous peine de confiscation. Mais on éluda cette règle. Le tenancier vendit sa terre au monastère et la reprit aussitôt à un autre titre comme relevant de ce monastère ; comme celui-ci n'avait pas eu la saisine, la confiscation se trouvait esquivée, et de façon ou d'autre, par exemple par voie d'échoite, le monastère prenait ensuite le bien. La Grande Charte de Henri III, c. 36, interdit ces fraudes. Mais elle n'avait parlé que des ventes. Les maisons religieuses, au lieu d'acheter les terres, les louèrent pour mille ans, et échappèrent encore à la confiscation tout en atteignant leur but. Le statut *de religiosis*, sous Edouard I[er], proscrivit même les baux à long terme. Les religieux ne se tinrent pas pour battus ; ils procédèrent alors par voie de revendication fictive contre le propriétaire qui se laissait condamner. Par le deuxième statut de Westminster, il fut décidé que toute action en revendication intentée par une communauté religieuse serait contrôlée par une enquête du jury, de façon à l'annuler au cas de fraude. Sous Edouard IV (fin du XV[e] s.), la procédure se compliqua : « le possesseur actionné en revendication se retournait par voie d'exception contre un tiers qu'il prétendait être son garant ; celui-ci faisait défaut ; le juge rendait sa sentence au profit du garanti contre le garant ; mais en même temps il condamnait le garanti au profit du demandeur. Par cette procédure, les héritiers étaient plus sûrement exclus ; ils n'avaient pas le droit de se plaindre, parce que leur auteur, tout en perdant l'immeuble, avait droit à son équivalent de la part du garant » ; on se faisait scrupule de les dépouiller tout à fait, mais on ne s'en faisait point de choisir pour garant un insolvable, un homme de paille, et ce rôle échut, en fin de compte, au crieur de la Cour de justice appelé, quand il l'exerçait, le garant commun (*common vouchee*, *vocatus*). « A partir de cette époque (1472 ?), les aliénations sous forme de revendications devinrent de plus en plus fréquentes, et elles finirent par être ouvertement admises » au profit des simples particuliers eux-mêmes. Leur

qu'elle est d'usage commun. Abolition des *fines* et *recoveries*, 3 et 4, Will., IV, c. 74.

grand avantage consistait à faire tomber les substitutions et les droits de retour qui rendaient la propriété incertaine ; et tel était parfois l'enchevêtrement des charges réelles et des droits de résolution, que des particuliers, désespérant d'arriver jamais à connaître l'état de leurs biens, se voyaient réduits à cette extrémité de solliciter du Parlement comme un titre nouveau purgeant tous les droits antérieurs (1).

II. **Copyholds** (tenures par copie) (2). Ces sortes de biens ont commencé par être des tenures serviles ; aussi le tenancier que le seigneur pouvait expulser à son gré, *at will*, n'était-il pas autorisé à les aliéner. Mais si le seigneur est toujours resté le propriétaire officiel du *copyhold*, la situation du *copyholder* n'a pas cessé de se consolider ; elle a fini par différer assez peu, au fond, de celle des *freeholders*. C'est ainsi que vers la fin du quinzième siècle, ils acquièrent le droit d'aliéner leur tenure malgré le seigneur (3). Les *copyholds* se rapprochent alors des censives françaises. Leur complet affranchissement ne date que d'hier (1894). Les formes de l'aliénation des *copyholds* se sont toujours ressenties de leur origine. Cet acte s'opère par *surrender* et *admittance*, ce qui est à peu près le vest et devest du droit français. 1° Le tenancier rétrocède (*surrender*) le bien au seigneur, ordinairement en sa Cour, en lui remettant une baguette, un gant, un épi de blé, etc. 2° Le seigneur admet (*admittance*) l'acquéreur en son lieu et place par le même procédé. L'acte est inscrit sur le registre du manoir duquel dépend le fonds, et copie en est délivrée à l'acquéreur dont elle constitue le titre. Ce mode d'aliéner exprimait trop bien la dépendance du *copyhold* par rapport au manoir, pour qu'on pût songer à l'abandonner ou même à le simplifier.

III. **Constitution des uses.** — Le mécanisme embarrassé dont on vient de donner un aperçu, était d'autant plus difficile à mettre en mouvement que, dans nombre de cas, le propriétaire avait les mains liées. Ce régime d'entraves n'eut pas le résultat qu'on en attendait ; il ne fit que stimuler l'ingéniosité des praticiens

(1) Blacktone, II, 21 (tr. fr., t. III, p. 217).

(2) Littleton, 73 et suiv. Blackstone, II, 22. Pollock et M., I, 337. Pollock, *Landl.*, p. 208.

(3) Cf. clause du *free sale* réclamée par les tenanciers de l'Irlande et qui appartient à ceux de l'Ulster. P. Fournier, *La question agraire en Irlande*, 1882.

et les amena à imaginer les expédients les plus hardis pour en éluder l'application. Si on affecta de le respecter en théorie, la pratique des *uses* aboutit à le réduire souvent à l'état de lettre morte en constituant, à côté de la propriété de droit commun, du *legal estate*, une jouissance ou plutôt une sorte de propriété d'équité dont beaucoup purent se contenter, et qui échappa à toutes les règles du droit strict. Telle, dans une certaine mesure, à Rome, la propriété prétorienne ou la propriété des fonds provinciaux.

Cette institution n'est, à l'origine, qu'une fraude pieuse (1), un des procédés employés par le clergé pour éviter les nullités dont étaient frappées les acquisitions de mainmorte. Au lieu de céder ses terres à un monastère, le propriétaire en transférait la propriété à un tiers pour l'*usage* du monastère ; la jouissance qui en résultait au profit de celui-ci n'était point reconnue par la loi commune, mais *cestuy qui use* pouvait la faire protéger par la Cour d'équité. On a comparé sa situation à celle du fidéicommissaire romain. La personne interposée (*cestuy que trust*) était propriétaire en droit ; en équité, elle devait remplir toutes les obligations qui lui avaient été imposées. Cet expédient, qui apparaît sous Edouard III, fut proscrit sous Richard II, mais seulement par rapport aux gens de mainmorte. Les simples particuliers avaient eu le temps de l'accommoder à leurs intérêts : ils le retinrent.

L'*use* étant une institution d'équité, inconnue de la loi féodale, on admit qu'il pouvait se constituer *solo consensu*, sans mise en saisine, d'une façon occulte, et se prouver par tous les moyens. Ni la confiscation ni l'échoite n'étaient à redouter, puisque l'*use* ne relevait d'aucun seigneur. On n'a pas de peine à voir quelle supériorité ce droit présentait, pour la facilité des transactions, sur les institutions de la loi commune. En revanche, on lui reprochait, et Bacon tout le premier, de frustrer bien des gens de leurs droits, la femme de son douaire, le mari de son droit de courtoisie, le créancier du droit de saisie, le fermier de son *estate*. Il fallut permettre aux créanciers de *cestuy qui use* d'agir sur sa jouissance. Les aliénations avec réserve d'*use* furent interdites, parce que l'aliénateur conservait la détention du bien et jouissait trop aisément d'un crédit imagi-

(1) La peur et la fraude, dit Coke, furent les vrais inventeurs des *uses*.

naire (dès Edouard III). Bacon se plaignait qu'on ne pût savoir quel était le vrai propriétaire d'un fonds, la personne interposée (*trustee*) ou *cestuy qui use*. Et le fait est que ni l'un ni l'autre ne pouvait aliéner isolément, ce qui était une source d'embarras et de fraudes. Divers statuts tendaient, par des solutions de détail, à reconnaître que ce dernier était le vrai propriétaire. La matière fut enfin réglementée par le statut des *Uses* de Henri VIII, 1535 ; cet acte s'inspirait d'une pensée hostile aux *uses* et à la facilité d'aliéner que leur établissement avait introduite dans la législation anglaise ; il ne fit que consolider la pratique établie. Il convertissait l'*use* en possession ; c'était en faire une propriété non plus en équité, mais *at law*, et donner compétence aux juges de droit commun ; mais comme ils se montraient peu favorables aux *uses*, les Cours d'équité en profitèrent pour ressaisir une partie du terrain qu'elles avaient perdu ; elles intervinrent lorsqu'on voulut restreindre les effets de l'*use*, et contraignirent le fiduciaire à exécuter tout ce dont il était tenu en conscience. Par l'intermédiaire d'un *trustee* ou fiduciaire (de *trust*, confiance, dépôt), on transféra la propriété sans formalités. La vente elle-même eut pour effet de rendre l'acheteur propriétaire par cela seul qu'il y avait accord de volontés, *bargain and sale* (marché et vente) ; car le vendeur devenait le *trustee* de l'acheteur, et possédait pour le compte de celui-ci comme dans le constitut possessoire du droit romain. De son côté, la tradition *brevi manu* sous la forme de *lease and release* (bail et abandon) s'appliqua d'une façon normale, comme un procédé régulier, tant elle était en harmonie avec l'institution de l'*use* (non sans discussion cependant jusqu'en 1620). De tous les obstacles mis à l'aliénation par la *common law*, rien ne subsistait, pas plus au fond qu'en la forme. Le système nouveau, infiniment plus souple que celui qu'il remplaçait, avait, en revanche, un grave défaut : la mutation de propriété y était occulte, de sorte que le vrai propriétaire restait souvent inconnu, et que le crédit foncier ne reposait que sur de vaines apparences. De tels inconvénients étaient trop graves pour qu'on n'ait pas songé de bonne heure à y remédier ; sous Henri VIII, on chercha à donner quelque publicité à l'aliénation, en particulier par simple *bargain and sale*, en prescrivant de l'enregistrer auprès d'une Cour de justice ou du gardien des rôles. Des lois de 1704 à 1735 voulurent même que tous les actes (entre vifs ou

mortis causa) transférant la propriété ou constituant des droits réels fussent insinués, mais elles ne s'appliquaient que dans les comtés d'York et de Middlesex. Partout ailleurs, cette publicité n'existait pas; de nos jours même on a fait un pas de plus dans la voie de la simplification, et la loi du 1er octobre 1845 a clos la longue évolution dont nous avons décrit les phases, en décidant que la rédaction et la remise d'un acte sous-seing privé opérerait désormais la transmission d'un bien corporel aussi efficacement qu'autrefois la tradition matérielle (pratique du *deed of grant*, acte de concession, déjà en usage pour les biens incorporels). Mais en même temps, il se produisait une réaction dans le sens de la publicité du transfert de propriété ; si l'on n'a point osé rompre avec la tradition séculaire, on a fini cependant par instituer (1863-1875) un système d'enregistrement qui rappelle l'immatriculation sur les Livres fonciers du droit allemand, avec cette particularité, bien conforme au génie anglais, que l'enregistrement est facultatif et non obligatoire (1).

§ 7. — *Droits réels et charges foncières* (2).

1. — **Multiplicité des droits réels ; leurs rapports avec la féodalité et le servage.** — Le régime de la propriété foncière se compliquait autrefois d'un grand nombre de droits réels et de charges foncières (3); les uns étaient comme des réductions du

(1) Cf. *Ann. de législ. étr.*, 1889, p. 212. Sur l'*act. Torrens*, 1858, voy. Ch. Gide, *Bull. de la Soc. de législ. comparée*, 1885, XV, 388. Besson, *Livres fonciers*, 1891.

(2) Bibliographie. — Traités généraux des romanistes ou dissertations dans le *Tract. univ. jur.*, le *Thesaurus* d'Otton, etc. — Ouvrages sur les droits féodaux. — Institutes d'Argou, etc. — Cf. Régime féodal, t. I, et 198, 238, t. II. — Brink, *Bestelt. d. dingl. R. i. Mit.*, 1887. — Duncker, *Reallasten*, 1838; *Zfdeut. R.*, XI, 450. — Birnbaum, *Recthl. Natur d. Zehnten*, 1831. — Heusler, *Inst.*, I, 345. — Pollock et M., II, 123. — Pertile, § 148. — Salvioli, p. 431 (bibl.).

(3) Cf. les *Reallasten* du droit allemand, qui diffèrent assez peu de nos charges foncières, et dont la nature est fort discutée. Le droit anglais est le chef-d'œuvre du genre avec sa hiérarchie savante des *estates* et sa théorie des *uses*. Ci-contre, p. 342 et 351. Ainsi, en dehors des *estates* héréditaires soit en fief simple, soit en fief substitué (*fee tail*) sur les francs ténements (*freeholds*), on trouve : A° des *estates* non héréditaires : a) *pur autre vie*, durant la vie d'un tiers appelé *cestuy que vie* (si le tenancier mourait avant *cestuy que vie*, le premier venu pouvait s'emparer du bien

domaine utile appartenant au censitaire (baux à long et à court terme); les autres offraient plutôt de l'analogie avec le domaine éminent (rentes); certains se présentent comme une survivance ou une imitation de la propriété collective (droits d'usage dans les bois communaux ou dans les bois seigneuriaux); quelques-uns, les plus voisins de l'usufruit moderne, se rattachaient à la constitution de la famille (douaire); beaucoup n'étaient que des servitudes prédiales; enfin, le gage et l'hypothèque servaient de garanties à des créances (1). Cet enchevêtrement de droits sur le même fonds suscitait des difficultés et des litiges; il avait aussi de grands inconvénients dans l'ordre économique, car cette menue monnaie de la propriété était loin de posséder les vertus de celle-ci. La législation moderne, tenant compte de cette expérience, a réduit le plus possible le nombre des droits réels, à l'exemple du droit romain. Elle en a déclassé beaucoup pour les faire rentrer dans la catégorie des droits personnels ou de créance; par ce moyen, elle a dégrevé le propriétaire, elle a rendu plus complète sa liberté d'action, tout en donnant à l'aide des obligations un champ assez large à la volonté individuelle et aux intérêts particuliers. De nos jours, la propriété tend sans cesse à revenir à ce que l'on tient pour son état normal, c'est-à-dire à la réunion dans la même main de tous ses attributs, *usus*, *fructus*, *abusus*, avec la plénitude de leurs effets. Au contraire, l'état normal de la propriété dans l'ancien droit était la division de ce faisceau et la fragmentation des parcelles qu'on en avait extraites, sans que l'on cherchât à leur donner la cohésion qui nous semble naturelle. Aujourd'hui on ne se croit propriétaire que si on peut faire de sa chose tout ce qu'on veut; autrefois, on se contentait à bien meilleur compte; le maître ne l'était qu'à moitié.

comme s'il eût été vacant, à moins que la concession n'eût été faite expressément à lui et à ses héritiers); *b*) viagers, soit en vertu de la loi (douaire, courtoisie d'Angleterre), soit par convention ou testament (*settlements*); B° des *estates* inférieurs : a) à temps (baux à long terme, baux d'année en année); *b*) à volonté (*at will*); *c*) par simple tolérance. Superposons les *uses* et mettons en parallèle les *copyholds*, nous arriverons à comprendre que les juristes anglais partent de l'idée qu'on ne saurait avoir sur un immeuble un droit de propriété absolu. Sur le *term of years*, cf. Pollock et M., II, 105.

(1) Cf. *Summa Norm.*, 93, 7 : dessaisines de terres, d'herbages, de rentes (*redditus*), de *faisances*, de services.

La multiplicité des droits réels les rendait préjudiciables ; leur caractère les rendit odieux ; la féodalité et le servage avaient mis leur empreinte sur beaucoup d'entre eux ou, du moins, ils se distinguaient mal des droits féodaux ; ils entraînaient, comme ceux-ci, servitude de la personne ou du bien, supériorité d'un homme ou d'une terre ; on les enveloppa dans la même proscription.

2. — **Baux à long et à court terme** (1). — Des raisons d'ordre politique et économique ont fait de l'ancien droit l'époque des baux (2) perpétuels ou à long terme, et dans ce mode d'exploitation du sol, le preneur a une situation voisine de celle d'un propriétaire. Le bail à court terme lui-même, rare pendant longtemps, produisit parfois, quand il s'introduisit dans la pratique, des effets analogues ; le fermier temporaire fut traité dans certaines coutumes comme un fermier perpétuel. Sous l'influence du droit romain, le bail ordinaire cessa de conférer un droit réel et redescendit au rang de simple rapport personnel ; par un phénomène inverse dû à des causes déjà exposées, les preneurs héréditaires virent leur droit fortifié, consolidé, s'élever peu à peu jusqu'à la vraie propriété. On en revint ainsi aux notions romaines.

Entre ces notions et la conception coutumière, le conflit s'est exprimé par deux règles antinomiques : *Vendange passe louage* (3) et *Achat ne résout pas louage* (4). Cette dernière signifiait que, si le fonds loué était vendu, le droit du locataire était opposable à l'acheteur, puisque c'était un droit réel ; le louage n'était donc pas résolu. D'après la première, au contraire, le preneur n'ayant qu'un droit personnel contre le bailleur, l'acheteur, qui est devenu propriétaire du fonds loué, a la faculté de l'en expulser ;

(1) Cf. La Censive, régime féodal (bibl.), t. I. *BCh.*, VI, 2, 409. Salvioli, p. 422 (bibl.).

(2) *Bailler* = livrer, remettre (encore ce sens large dans certains dialectes romans). *Amodiation* = louage d'immeubles, le fermage se payant *ad modium*, au muids, en denrées.

(3) Loysel. 472. Cod. Just., *loc.* 9 : *Emtorem necesse non est stare colono (nisi ea lege emit).* Droit allemand : *Kauf bricht Miethe.* Chaisemartin, p. 274. Huber, IV, 859, 3 (Neufchâtel, Suisse) : *mort, mariage et vendition rompent toute amodiation.* Loysel (en sens contr.). *Ass. de Jérus.*, éd. B., t. II, p. 291. Pothier, *Louage*, n° 296. *Add. Gr. C.*, p. 248.

(4) Chaisemartin, p. 273 : *Kauf hebt Miethe nicht auf.* Nous ne connaissons pas en français de formule correspondante à cet adage ; celle que nous donnons au texte n'en est que la traduction.

le bail est résolu. C'était là la solution romaine et celle de la jurisprudence des pays de droit écrit (1). Elle avait le grand défaut de rendre incertaine la durée des baux. La pratique coutumière l'écarta par des clauses particulières du contrat de vente, en vertu desquelles l'acheteur s'engageait à entretenir le bail; le Code civil, dans l'article 1743, n'a fait que sous-entendre ces clauses devenues de style.

Au nombre des baux qui se distinguaient des tenures féodales (bail à fief, bail à cens) (2), on remarque l'emphytéose, le bail à comptant qui n'en est qu'une variété (3), et le bail à domaine congéable particulier à la Bretagne et qui est peut-être d'origine servile. — Les **baux emphytéotiques** (4) n'emportaient cession du domaine utile que s'ils étaient perpétuels (5); faits pour de longues années, 50, 99 ans, une ou plusieurs vies, ils ne conféraient qu'un droit réel, très voisin d'ailleurs du domaine utile, car il entraînait, comme lui, la faculté de modifier la destination du fonds et il donnait lieu à la prélation, aux lods et ventes, à la commise (6). La loi du 18 décembre 1790 réduisit la durée de l'emphytéose à 99 ans au maximum; et les lois du 9 messidor an III, du 11 brumaire an VII, classèrent le droit de l'emphytéote à côté de celui de l'usufruitier parmi les

(1) Serres, *Inst.*, 3, 25, 6.

(2) ZSS. *GA*, V, 69. Huber, IV, 756 et suiv.

(3) Cf. La Censive, régime féodal, t. I. Viollet, p. 660, n. 2 (Cout. de Poitou, 1417). Bruel, *Chartes de Cluny*, II, 328 (a. 968). Marchegay, *Carl. du Bas-Poitou*, p. 249. II. de Pansey, *Compét. des juges de paix*, 1827, p. 375. Masson, *Exposé de la législat. rurale*, 1879, p. 25. Alaus, *Thèses Ec. Chartes*, 1885, p. 8. Grand, *ibid.*, 1899. Lamprecht, p. 196.

(4) Viollet, p. 660 (bibl.). Cf. La Censive, régime féodal, t. I. Anselminus de Orto, *Emphyt.*, éd. Jacobi, 1854. Cf. monog dans *Tract. univ. juris.*, traités cités par Salvioli, p 424. Lattes, *Studi sop. enfiteusi*, 1868. Stobbe, § 99. Giraud, II, 219, 256.

(5) En Italie, l'emphytéose semble plutôt perpétuelle, le *livello* (*libellus*) ou la précaire plutôt temporaires. Mais la terminologie n'a rien de bien arrêté. Cf. Pertile, § 142 (étude détaillée du *livello*). Le *livellario* a la propriété utile, mais sans le droit d'aliéner. — Mitteis, *Z. Gesch. d. Erbpacht i. Alt.*, 1901.

(6) Cf. Argou, III, 28 : il existe peu de vraies emphytéoses, à moins qu'on n'entende par là les rentes foncières non rachetables avec clause que le preneur sera tenu de faire des améliorations; mais en ce cas il n'y a ni commise, ni prélation, ni lods et ventes (Voy. t. I, Rentes foncières). Dans les pays de droit écrit, l'emphytéose se confond avec la censive (elle a donc un caractère féodal). Sur ce dernier point, voy. Chénon, *Démembr. de la propr.*, p. 49, et t. I, La Censive, régime féodal. Roscher, *Econ. pol. rurale*, p. 243.

biens susceptibles d'hypothèque. On s'est demandé, sous l'empire du Code civil, si l'emphytéose était reconnue par la loi avec ses effets spéciaux, en particulier, la création d'un droit réel ou si elle ne se confondait pas avec le bail. — Le **bail à domaine congéable** (1) avait deux caractères singuliers : 1° il était révocable au gré du bailleur comme les baux *at will* si communs en droit anglais ; l'analogie avec les *copyholds* dont le tenancier peut être congédié au gré du seigneur du manoir, donne à penser que c'étaient là des transformations de tenures serviles; 2° le *domanier*, c'est-à-dire le fermier, avait droit, cependant, aux édifices et superfices; on ne pouvait l'expulser avant de lui en avoir remboursé la valeur. Ce droit réel *sui generis* représentait pour lui une indemnité à raison des améliorations faites sur le fonds.

3. — La **libre tenure urbaine** (2), tantôt alleu, tantôt censive libre avec, à peine, la charge d'une très légère redevance, peut être rapprochée des baux à long terme, dont elle est une forme supérieure. Son origine est un problème dont on ne s'est guère occupé que dans ces derniers temps et qui n'est pas encore tout à fait élucidé (3). On y a vu d'abord (Arnold) une transformation de la tenure servile ou domaniale (d'après le *Hofrecht*) ; dans une première période, le seigneur en ayant seul la propriété, le tenancier ne pouvait que la lui retrocéder ; dans une deuxième, le seigneur et le tenancier se trouvaient sur le pied de l'égalité ; celui-ci vendait, celui-là ensaisinait l'acquéreur ; dans une troisième, le tenancier, devenu plein propriétaire, n'avait plus à demander l'ensaisinement seigneurial ; bien mieux, le cens,

(1) Voy. La Censive, t. I et p. 203, t. II. *Add.* Henry, *Et. du dom. cong.*, 1894 : *L. du 23 nov. 1896.*

(2) Ci-dessus, bibl. sur les origines communales, t. I. — Arnold, *Zur Gesch. des Eigenthums in deutschen Städten*, 1860. Rosenthal, *Zur Gesch. d. Eig. in Wirzburg*, 1879. Nagel, *Zur Gesch. d. Grundbesitzes* (Hesse), 1883. Gobbers, *Erbleihe ZSS. GA*, IV, 130. Höniger, *Jahrb. f. Nationalökon.*, 42, 571. Des Marez, *Etude sur la propriété foncière dans les villes du M. A. et spécial en Flandre*, 1898 (bibl). Jaeger, *Grundbesitz in Strasburg*, 1888. Lamprecht., *Deutsch. Wirthschaftsleben.* I, 891. Von Schwind, *Entstehungsgesch d. frei Erbleihen*, 1891 (*Unters.* de Gierke). Gothein, *Wirthschaftsg. des Schwarzwaldes*, I, 161. Maitland, *Township and Borough*, 1898 ; *Domesday Book*, p. 172. Pollock et M., I, 625 Genestal, *La tenure en bourgage* (Normandie), Thèse, 1900. Rietschel, *ZSS. GA*, 1901. p. 181 (bibl.).

(3) Il est inutile de faire ressortir le lien qu'il y a entre le problème que nous examinons au texte et la question plus générale des libertés urbaines.

cette marque de servitude, disparaissait à son tour et la censive devenait un alleu. Dans une explication un peu différente, on a pu prétendre que le preneur d'un terrain à bâtir (et cette hypothèse est la plus commune dans les villes), ayant la propriété des constructions à titre de *melioratio*, a fini par acquérir la propriété du sol lui-même (1). Les documents condamnent ces deux opinions, car il en ressort que, dès l'origine, il a existé dans les villes deux sortes de tenures, la censive domaniale et la tenure libre ; la première a été assimilée avec le temps à la deuxième (fin XIII^e^ s., XIV^e^ s.). Il s'agit donc d'expliquer l'existence ancienne de la tenure libre. On a tenté de le faire à l'aide de distinctions : 1° entre les domaines ordinaires et ceux du comte, c'est-à-dire de l'ancien grand fonctionnaire carolingien ; c'est dans ces derniers seulement que la tenue libre se serait formée ; les marchands à qui on les concédait ne payaient de cens au comte qu'à raison de son droit de justice et non parce qu'il était propriétaire ; 2° entre les domaines laïques et les domaines ecclésiastiques où l'évolution aurait été plus lente (2). Mais ce ne sont là que des circonstances de fait dont l'influence n'a pas été décisive dans la question. Un seigneur quelconque laïque ou ecclésiastique, comte ou non, a pu être amené par son intérêt bien entendu à concéder des terres improductives, même sans se réserver un cens (on en a des exemples) ; la simple présence de nouveaux habitants sur ses terres devait être pour lui une source de profits, et il se trouva des seigneurs assez intelligents pour comprendre qu'en les soumettant à la rigueur de l'exploitation domaniale, en faisant d'eux des serfs ou des quasi-serfs, ils n'arrivaient à d'autre résultat qu'à celui de les éloigner de leurs domaines. On vit donc, lors de la fondation des bourgs dans des lieux dépeuplés, les immigrants recevoir une terre privilégiée pour y bâtir leur maison (*bourgage*, *bourgeoisie* (3),

(1) C'est l'opinion de Gobbers et de Jäger.

(2) Voy. surtout Des Marez et les exemples qu'il cite.

(3) Sur le bourgage normand, cf. Génestal, *op. cit.* Delisle, *Rec. des jug. de l'Echiq.*, n° 140 : *masura cum terra rationabili que se acquitat per unum redditum nominatum est burgagium. TAC. Norm*, 5 3 ; 8, 1 et 5 ; 11, 5. *Summa*, 26, 2 (*per borgagium tenentur alodia et masure in burgis constituta burgorum consuetudines retinentes* ; cf. 24 ; 29, etc. *NC*, 1583, art. 138, 270, 331 et suiv., 454). La condition des bourgages variait : les uns étaient de véritables alleux ; d'autres, et c'étaient le plus grand nombre, n'étaient astreints qu'au payement d'une rente au seigneur ; enfin certains

Freizins (1). *Freigut*, etc.). Cette faveur fut faite non seulement aux marchands à l'occasion de l'érection de foires et de marchés, mais à des *hospites* (2), à des hommes libres ou à des serfs fuyant leur seigneur et peu disposés à rentrer dans les liens de la servitude. L'époque franque connaissait déjà des tenures peu éloignées de ces terres presque libres, la précaire, notamment sous ses formes de *precaria data* ou *remuneratoria* (3). Dans le midi de la France, tout au moins, la persistance de la propriété romaine dut contribuer à donner aux habitants des villes ces droits auxquels on n'arriva ailleurs qu'avec peine (4).

4. — **Rentes** (5) **et charges foncières.** — Des charges et servitudes personnelles (6) auxquelles étaient astreints les colons et les serfs, se séparèrent avec le temps les charges réelles, cens, rentes, dîmes, tailles et corvées. On cessa d'y voir une suite de la condition personnelle des tenanciers, puisqu'ils étaient devenus libres ; mais on en fit une dette de la terre qui n'était pas affranchie avec eux (7). Quiconque la détient est assujetti au service dont elle est grevée. Mais il dépend de lui de s'y soustraire, au moins pour l'avenir, en la délaissant ou en déguerpissant (8) ; il y avait des difficultés et des solutions diverses au sujet des arrérages échus. En cas de division du

devaient des aides et des corvées et se distinguaient à peine des rotures ordinaires. Les règles particulières au bourgage en droit privé et qui ne sont qu'un retour au droit commun des coutumes du reste de la France, consistent surtout dans des restrictions au retrait lignager, dans l'établissement d'une communauté d'acquêts faits en bourgage, enfin dans l'égal partage entre frères et sœurs.

(1) Rietschel, *op. cit.* (ville d'Erfurt).

(2) Sur les hôtes, cf. Les Serfs, époque féodale, t. I. Sée, *Les classes rurales*, p. 63.

(3) Lamprecht et surtout Rietschel, *op. cit.*

(4) Sur la persistance du droit romain, cf. Droit écrit et l'Alleu, t. I.

(5) Sur les rentes, voy. ci-après, Obligations. Loysel, n° 505 et suiv. Loyseau, etc. Glasson, VII, 321. Sur les dîmes, Pertile, IV, 440 (bibl.). Blondel, *Popul. rurales de l'Allem.*, p. 369.

(6) Heusler, *Inst.*, II, 220. Gross, *Recht an der Pfründe*, 1890 (cf. *NRH*, 1890, 799). Pasquier, *Inst.*, p. 287 (rapproche les banalités des servitudes). Ceyssens. *Le dr. de banalité* (*Bull. Inst. Arch. Liège*, 1896). Rioufol, thèse, 1899. Schwind, *Reallastfrage* (*Jarhb. f. Dogm.*, 33, 1). Sée, *Les classes rurales*, 1901. Huber, IV, 771 et suiv. (textes). Stobbe, § 100

(7) *Leg. Longob. Lud. P.*, 31 (*tributaria terra*). Huber, IV, 771 : *Servicium quale debebat terra.*

(8) Beaum., 24, 7° et suiv. *Cout. not.*, 70, 96, 97, 171. Desm., 183 *Gr. C.*, p. 317. Cf. De Luca, *De cens.*, 18.

fonds, chaque parcelle était tenue de la totalité de la charge, car celle-ci était indivisible; mais l'un de ceux entre lesquels le fonds s'était partagé, par exemple l'aîné des fils de l'ancien propriétaire, rendait habituellement le service pour tous (*portator*). Le retard dans le payement des arrérages avait pour conséquence la perte du fonds ou commise, tantôt de suite, tantôt au bout d'un certain temps et après le payement d'une amende (1). Le bénéficiaire d'une charge foncière aliénait son droit comme s'il s'était agi de la propriété d'un fonds de terre, par les mêmes moyens (2). Ces droits et charges tendirent à disparaître ou tout au moins à se transformer en simples droits personnels (3).

5. — Les **droits d'usage** (4), qui s'appliquaient surtout aux bois et forêts (5), appartenaient à l'ensemble des habitants d'un village, d'un hameau ou d'une paroisse. La condition requise le plus communément pour y avoir droit, consistait dans le fait d'avoir un foyer (séparé) dans la localité; un étranger qui s'y établissait n'y pouvait prétendre, en général, qu'à la condition d'obtenir une concession expresse des habitants ou d'entrer, par exemple, en qualité de gendre dans une des familles qui y étaient domiciliées de longue date (6). L'objet de ces droits variait beaucoup; on peut citer comme les plus communs : l'*affouage* ou droit au bois de chauffage (7), le *marrenage* ou

(1) Beaum., 24, 19 et suiv. *L. d. Droiz*, n° 391.

(2) Senlis, 275. Valois, 189.

(3) Difficultés et controv. dans l'analyse juridique de ces droits. Déjà de Luca n'y voyait autrefois que des obligations, Covarruvias et Carpzov des dettes hypothécaires, etc. L'historien du droit ne voit dans ces théories que les expressions successives d'un état économique et politique variable.

(4) Cf. Communaux, t. I, et p. 246, t. II. Beaum., 24, 6 et suiv. *Olim*, *Index*, v° *Forestis*. Guenois, *Conférences des Ord.*, Table, v° *Eaux et Forêts*; *Conf. des Coutumes*, I, 7, 11. Ord. des eaux et forêts, 1669, t. des dr. de pâturage, chauffage. Argou, II, 7. Glasson, *NRH*, 1891, 446; *Hist.* VII, 258. H. Sée, *Les dr. d'usage et les biens communaux*, 1891 : *Les classes rurales et le rég. domanial en France*, 1901. Pertile, IV, 332. Lamprecht, *Etat écon. de la Fr.*, p. 115. Fournel, *Voisinage*, I, 523. H. de Pansey, *Biens communaux*, c. VI.

(5) Fritschius, *De jure boscandi*. 1676. Ottero, *De jure pascendi*, 1705. Pasquier, *Inst.*, p. 290. — Cf. bois *bateiz* (commun) et vile *bateice*.

(6) Beaum., *loc. cit.* La Coutume de Beauvaisis, qui était antiallodiale, voulait qu'une redevance fût payée au seigneur pour les usages forestiers; ceux-ci devaient être établis par une charte seigneuriale confirmée par le souverain, lorsqu'ils tournaient à *essil* (ravage). Cf. ci-dessus, p. 247, n. 2, t. II.

(7) Beaum., 24, 17. Cf, dès l'époque franque, les droits appelés *lignari-*

droit au bois de construction (1), qui était plus rare, le *panage* ou *paisson*, droit de faire paître le bétail (2), la *glandée*, droit d'envoyer les porcs dans les chênaies, à la saison des glands (3). Tant que bois et forêts couvrirent une grande partie du sol de la France, l'exercice de ces droits fut tolérable; à mesure que les défrichements restreignirent les surfaces boisées et qu'on soumit celles-ci à une exploitation régulière, on dut restreindre les usages forestiers (4). Néanmoins, il s'en faut qu'ils aient tous disparu, même à l'heure qu'il est.

6. — **Usufruit.** — Dès l'époque franque, il n'est pas rare de rencontrer des jouissances viagères qui, dans la classification romaine, ne peuvent guère se ranger que sous la rubrique de l'usufruit, bien qu'elles soient loin d'être soumises à la même réglementation. Le bénéficier, le précariste ont une jouissance viagère ou temporaire; mais quelle différence entre eux et l'usufruitier romain! Ils aspirent déjà à l'hérédité, c'est-à-dire à la pleine propriété. Les droits de la veuve douairière se rapprochent davantage de l'usufruit. Le *mundoaldus* est plutôt propriétaire qu'usufruitier des biens de son pupille. Les jouissances de ce genre apparaissent un peu comme des propriétés viagères; elles font songer aux droits du grevé dans une substitution fidéicommissaire.

Cette conception a disparu à peu près complètement du droit coutumier (5) pour faire place à la théorie romaine de l'usufruit qui est plus savante (6), mais trop connue pour qu'il soit utile de l'exposer ici (7). Remarquons simplement combien l'usufruit

tia, focagium, silvaticum, etc. Du Cange, *h. v° Talh et dalh* (Béarn). La redevance due au seigneur porte d'habitude le même nom que le droit d'usage.

(1) *Materiamen*, merrain. Du Cange, *h. v°*.

(2) *Olim*. Index, v° *Pasnagium, Usagia*. Du Cange, Ragueau, *h. v° Pexe, Denl* et *Jasilha* (faire coucher, *jacere*, son troupeau sur une terre et l'y laisser reposer deux nuits (Béarn). Giraud. II, 14. Cf. R. Caillemer, *Exécut. test.*, 274, 330, 378,

(3) Du Cange, v° *Esca*, Lamprecht, p. 119.

(4) Loysel, 250 : nul ne peut avoir droit d'usage en seigneurie d'autrui sans titre, ou sans en payer redevance par temps suffisant pour acquérir prescription, ou qu'il y ait possession immémoriale.

(5) P. de Font, 21, 46, *Jost.*, p. 137, 144. *Gr. C.*, p. 195 et suiv. Anjou, éd. Beaut,-B., Table. v° *Usufruit*. Masuer, t. 13. Bout., I, 56, Pasquier, *Inst.*, p. 273.

(6) Galvanus, *De usuf.*, 1630, 1676.

(7) Présentons cependant quelques observations de détail. — C. civ., 585

légal avait d'importance. Il sera question plus loin des principaux cas où il est admis, par exemple du douaire.

7. — **Droit du bénéficier sur le bénéfice ecclésiastique** (1). — Le titulaire d'un bénéfice ecclésiastique a, sur les biens qui y sont compris, un *jus in re* lui permettant d'en retirer les fruits afin de pouvoir remplir le ministère qui lui est confié ; ce droit est une sorte de propriété viagère ou d'usufruit avec des particularités tenant à la nature des biens ecclésiastiques (2); le bénéficier a, pour le faire valoir, la voie pétitoire et la voie possessoire (3). L'acquisition des bénéfices est passée par des phases diverses : le bénéficier n'a pas toujours été l'élu du supérieur ecclésiastique ; il a été nommé souvent par un patron laïque ou ecclésiastique et auprès de la nomination de celui-ci, l'intervention du supérieur ecclésiastique était de peu d'importance, puisqu'elle ne pouvait se produire qu'au profit du candidat nommé par le patron (4). De la nomination par le patron résulta tout d'abord l'acquisition du bénéfice (*beneficium affectum*); ni le patron ni le supérieur ecclésiastique n'étaient autorisés à priver le bénéficier de son droit (*variare non possunt*) ;

(frais de labours); Renusson, *Douaire*, 14, 40 (récompense); Pothier, *Douaire*, 201, 272; *Introd.* à la C. d'Orléans, VII, 43 (distinction). — Prix des baux à ferme : Dig., 33, 2, 58, *pr.*; Pothier, *Ibid.*, 203; Denisart, v° *Fruits*, IX, 3, 3 (acquis à l'usufruitier eu égard à l'état de la récolte); Poullain-Duparc, *Principes*, III, p. 290 (jour par jour, en Bretagne; *id.* C. civ.). — Mines et carrières, Pothier, 196; Argou, II, 7; C. civ., 598. — Le nupropriétaire soutient la maison (gros murs, etc.), l'usufruitier, le surplus (cloison, etc.). Ce dernier n'a pas droit à indemnité pour les améliorations ou constructions qu'il a pu faire. — Usufruit au profit d'une personne morale : C. civ., 619 (100 ans), cf. Dig., 33, 2, 56; R. de Lacombe, v° *Usuf.*, 6, 7 (30 ans), cf. Dig., 35, 2, 68. — La déchéance pour abus de jouissance apparaît dans notre ancien droit, en particulier à propos du douaire.

(1) Voy. en part., Gross., *Das Recht. an der Pfründe*, 1887 (*bibl.*). Fournier, *NRH*, 1890, 799. Pasquier, *Inst.*, p. 284.

(2) On a comparé le bénéficier au vassal, à l'emphytéote, à l'usufruitier, etc.; toutes ces comparaisons pèchent par quelque côté. Le bénéfice est une dotation jointe à une fonction ecclésiastique; de là des traits spéciaux. Cf. *Summa* d'Huguccio (a. 1187), sur Gratien, c. 13, **C**., 12, q. 1 : les clercs ne peuvent disposer des fruits perçus que *in usus domesticos et in causas pietatis*; ils n'ont pas le droit d'en disposer par testament. Il n'en est pas de même d'un usufruitier ordinaire. Ce point de discipline fut modifié vers le quinzième siècle. **X**, 3, 22, 2, 4 **VI**, 3, 3, 1. *Conc, Trid.*, s. 22, c. 3 et suiv., 23, c. 1 (autorité de saint Thomas).

(3) Voy. sur la possession des bénéfices, Gross., p. 199, 262, etc.

(4) Cf. t. I, Origines du système des bénéfices. Par là se justifient les idées exposées au texte. Thèses, Gérardin, Leschevin de Prévoisin.

celui-ci était dans la situation d'un propriétaire qui n'aurait pas encore pris possession. A mesure que le rôle de l'autorité ecclésiastique grandit au détriment de celui du patron, la doctrine éprouva de l'embarras à qualifier le droit du bénéficier nommé, mais auquel le bénéfice n'était pas encore conféré par son supérieur ; il n'avait pas l'exercice actuel de son droit, mais le bénéfice lui était cependant affecté, de façon à ne pouvoir être conféré à d'autres. Les canonistes déclarèrent qu'il n'avait pas de *jus in re* avant la collation ; mais comme il avait mieux qu'un droit personnel, ils lui reconnurent un *jus ad rem* (1) ; c'était une déchéance pour lui, en attendant que, comme de nos jours, là où il subsiste des restes du patronat ecclésiastique, l'autorité religieuse s'attribue la faculté de refuser l'institution canonique au candidat qui lui est désigné ou n'autorise, en tout cas, qu'un recours d'ordre administratif (2). — La théorie canonique dont nous venons de parler, correspond à une phase de transition dans l'histoire des fonctions religieuses. Elle fournit à Jacques de Revigny l'idée d'attribuer un *jus ad rem* au vassal qui avait reçu l'investiture symbolique, mais non la tradition matérielle. Les civilistes, à leur tour, s'en emparèrent pour en faire diverses applications, par exemple pour donner un *jus ad rem* à l'acheteur qui n'avait pas encore reçu livraison de la chose vendue ; ce droit dégénéra enfin en une simple créance (3).

8. — **Servitudes réelles** (4). — Droits établis sur un héritage

(1) Innocent IV oppose la *concessio episcopi*, d'où résulte pour le bénéficier le *jus in re*, un *dominium* ou *quasi dominium*, à la *praesentatio patroni* qui ne donne qu'un *jus ad rem petendam*, *ad petendum beneficium* sanctionné par une *personalis actio* (voie judiciaire) ou par une *imploratio ad officium judicis* (voie administrative) ; sur **x**, 1, 2, 9 ; 1, 3, 19, 38 ; 1, 30, 6, etc. (vers 1245). Par elle seule, la collation transmet le *jus in re* (*sine traditione rei vel presencia*) ; l'installation qui suit donne la détention. *Archidiaconus* (Guido de Baysio), le maître de Jean d'André, est peut-être le premier canoniste qui ait employé l'expression *jus ad rem*. Cf. ci-dessus, p. 241, t. II. Sur l'évolution des théories canoniques, les effets du *jus in re* et du *jus ad rem*, cf. Gross, p. 169 et suiv.

(2) Sur cette transformation d'un droit privé en droit administratif, cf. Gross, p. 274. Rapprocher les bénéficiers d'autrefois des fonctionnaires publics (offices vénaux).

(3) Ci-dessus, p. 241, t. II.

(4) D'Avezan, *De servit.* (dans le *Thesaurus* de Meermann, t. IV). Cacpolla, *De servitutibus*, 1686, 1759. Dandinus, 1741. Astruc, 1751. Lalaure, 1761, 1786. Desgodets, *Lois des bâtiments*, 1748, 1802. Boucher d'Argis, *Code*

ou *fonds servant* au profit d'un autre ou *fonds dominant,* telle est la conception romaine des servitudes prédiales ; elles sont tellement inhérentes à la terre qu'on va jusqu'à les qualifier de *qualité des fonds ;* aussi ne sauraient-elles imposer l'obligation de faire au propriétaire du fonds servant pas plus qu'elles ne peuvent être établies uniquement pour l'agrément personnel du titulaire. Elles apparaissent comme des restrictions au droit de propriété et, partant, comme des exceptions à limiter. Nos anciens auteurs, reprenant la tradition romaine, formulent cette idée dans les termes suivants : *Par le droit de nature tous les héritages sont libres et exempts de servitudes* (1). Comme d'ordinaire, quand ils se réclament du droit naturel, les faits donnent un démenti à leurs assertions. Le droit coutumier admet l'existence d'un si grand nombre de servitudes légales, basées sur de vieux usages et une ancienne organisation de la propriété, qu'on est plutôt dans la vérité en disant : *tous les héritages sont grevés de servitudes ; la liberté des fonds de terre est un accident.* Rien ne s'oppose, d'après ce droit, à ce qu'une servitude prédiale soit instituée au profit d'une personne ou pour son agrément (ex. : droit de pâturage appartenant à une corporation de bouchers) ; rien n'empêche non plus qu'elle ne consiste *in faciendo,* c'est-à-dire qu'elle n'oblige le propriétaire du fonds servant à accomplir certains actes (par exemple entretenir un passage en bon état). Les droits féodaux fournissaient ici un type juridique opposé à celui du droit romain ; il suffit, pour s'en convaincre, de rappeler certaines corvées réelles ou encore le droit pour les seigneurs d'exiger de leurs tenanciers qu'ils vinssent la nuit battre les étangs pour empêcher les grenouilles de troubler leur sommeil (droit dont l'existence est discutée) (2). Servage, servitudes personnelles et servitudes réelles, droits fonciers et droits féodaux se distinguaient mal dans l'esprit de nos anciens jurisconsultes. Le souvenir de ces services abolis par la Révolution hantait encore assez les ré-

rural, 1774. Merlin, v° *Dr. facultatifs.* Cf. aussi les traités (postérieurs au Code civil) de Pardessus (où les anciens auteurs sont cités à chaque page), Salviat, et le *Traité du voisinage* de Fournel, 4e éd., 1827. Britz., p. 630 (bibl.). Lattes, *Dir. consuet. lomb.*, p. 290. Stobbe, § 97. Grimm, *RA*, 552, etc.

(1) Lalaure, I, 2.

(2) Michelet, *Orig.*, p. 253. Grimm, *RA*, p. 356.

dacteurs du Code civil pour qu'ils se crussent obligés d'atténuer la mauvaise impression produite par le mot *servitude*, en y joignant le terme explicatif et moins compromettant de *services fonciers* (C. civ., 526).

Comme il a été question ailleurs des droits féodaux, nous n'envisagerons ici que les servitudes prédiales au sens romain, impliquant assujettissement d'un fonds à un autre (1). Nos anciens auteurs ont presque tout emprunté sur ce point aux doctrines des romanistes qui avaient fini par prévaloir (2). Les contestations à leur sujet étaient jugées après inspection des lieux par des experts ou jurés chargés de faire un rapport. Ils étaient nommés par ordonnance du juge en présence des parties. Celles-ci avaient le droit d'y contredire, c'est-à-dire d'en requérir la revision ou correction. Depuis la réformation de la Coutume de Paris, en 1580 (art. 184), le juge seul put ordonner plus ample information (3).

Certaines servitudes sont **naturelles et légales,** d'autres établies par le fait de l'homme. — A° Les premières font comme partie intégrante du régime de la propriété foncière. Je ne parle pas seulement de celles qui sont à peu près inévitables, telle l'obligation pour le propriétaire du fonds inférieur de recevoir les eaux qui découlent naturellement du fonds supérieur, mais de celles qui sont moins nécessaires, plutôt légales que naturelles, variant beaucoup avec les usages locaux et l'état de l'agriculture. Les lois barbares, en particulier les lois wisigothiques, donnent ainsi aux passants le droit de s'établir pendant deux jours sur les pâturages qui bordent les routes, d'y faire paître leur bétail, de couper des branches d'arbre. Beau-

(1) Sur les rapports de voisinage, cf. ci-dessus, p. 243, n. 5. Grimm, *RA*, p. 500.

(2) Beaum., 30, 27; 34, not. 22 et suiv.; 24, 15, 31. *Jost.*, p. 137 et suiv., 146. *Gr. C.*, p. 196, 355, 790 (rapport de jurés). *Et. de saint Louis*, éd. Viollet, t. I, p. 325. *L. des droiz*, I, 116. *Cout. d'Anjou*, éd. Beaut.-B., IV, 11. Masuer, t. 39. Bout., II, 17, 18. Guénois, *Conférences des Coutumes*, II, 9. Loysel, 2, 3. Lhommeau, III, 411 et suiv. Lamoignon, *Arr.*, t. des Serv. Prévôt de la Janès, I, 358. Argou, II, 7, etc.

(3) Sur ces jurés, cf. *Cout. not. du Châtelet*, 75. *Gr. C.*, 2, 39 (p. 361). *Anc. C. d'Anjou*, éd. Beaut.-B., I, 145; II, 160, etc. Paris, *AC*, 79; *NC*, 184. Laur., s. 185, Paris. Guyot, v^is *Expert, Rapport, Visite*, etc. Ferrière, v° *Experts*. Edits de mai 1690 : experts créés en titre d'office. Ord. avril 1667; Edit février 1554; juin 1575, mai 1689, etc. Le t. IX de la Cout. de Paris a pour rubrique : *Des servitudes et rapports de jurés.*

coup plus tard, Loysel constate encore les droits du passant, bien atténués de son temps, dans le brocard : *tout ce qui vient à la haie est proie* (282) (1). — A l'époque où ces mœurs primitives ont disparu, on distingue (2) : 1° des *servitudes d'utilité publique* (marchepied, chemin de halage, etc.) (3) ; 2° des *servitudes d'intérêt privé* (tour d'échelle (4), invétison (5), passage en cas d'enclave (6), etc.) ; 3° des obligations imposées par des règlements de police (coutumiers) : distance à observer pour la plantation des arbres (7), pour l'établissement des fosses d'aisance, etc. (8), écoulement des eaux ménagères, pluviales ; 4° des cas de copropriété forcée, comme la mitoyenneté, ou conventionnelle, comme la propriété des étages séparés d'une maison, et les rapports qui en résultent entre cointéressés ; les obligations de se clore et de se borner (9) figurent même parmi les servitudes.

Dans le Nord, où les maisons étaient contiguës et non sépa-

(1) Deutéron., c. XXIII. *Wis.*, 8, 4, 25 et suiv. ; 2, 3, etc. *Roth.*, 358. Dahn, *Westg. Stud.*, p. 96. Michelet, *Orig.*, p. 111, 411. Grimm, *RA*, 107, 554. — La C. de Nivern. *Champarts*, 1, permettait à chacun de labourer les terres d'autrui, pourvu que le propriétaire ne le défendît pas. Cf. ci-dessus, p. 214, n. 2, t. II (*adjectio*). Fournel, *Voisin.*, v° *Terres abandonnées*.

(2) Servitudes diverses dans les Coutumes et quelquefois mêmes servitudes sous des noms différents. *Etual* ou aisance dans les Franches Montagnes. Pour la Flandre, voy. Britz, p. 631. Sur la servitude légale d'aqueduc (irrigation des terres), détails dans Pertile, § 144 (elle existe en Italie au huitième siècle ; nombreuses dispositions dans les Statuts ital.) ; § 145 (autres servitudes légales).

(3) Beaum., 24, 14. Sur les voies publiques et leurs dimensions, *ibid.*, 25, 1 et suiv. Loysel, 232, 233. *Expos. des Cout. sur la largeur des chemins*, 1687. Ragueau, Ferrière, Guyot, v° *Chemins*. — Sur les digues, cf. J. Gierke, *Gesch. d. deutsch. Deichrechts*, 1901. Ravel, *Us. de Bresse*, p. 219 ; Collet, *ib.*, p. 89.

(4) Droit de poser une échelle sur le fonds du voisin et d'occuper l'espace nécessaire pour le tour de l'échelle, quand on avait à réparer ou construire un bâtiment. — Chaisemartin, *Prov.*, p. 171 : *Pflugrecht*, espace suffisant pour le tour de la charrue, etc.

(5) Obligation de laisser entre la maison voisine et celle que l'on construit un espace de cinq pieds (Midi). Cf. *ambitus* à Rome.

(6) Beaum., 43, 45. *Jost.*, p. 142. Loysel, 2, 3, 16. Grimm, p. 553. Cf. Dig., 2, 7, 12. Pertile, § 145.

(7) Cf. Loysel, 256 : *Le pied saisit le chef. Cout. not.*, 107. Paris, 187.

(8) *Gr. C.*, p. 357. *Cout. not.*, n°s 173, 272.

(9) Clôture forcée, Loysel, 2, 3, 5. Ci-dessus, p. 245, t. II. Michelet, *Orig.*, 87, 102. Grimm, *RA*, 543. P. de Font., 21, 66. *Jost.*, p. 142. Beaum., 30, 27 ; 43, 45. *Cout. d'Anjou*, éd. Beaut.-B., II, 184. *Et. de saint Louis*, I, 136. Bout., p. 211, etc. De Ribbe, *Soc. provenç.*, 1898, p. 185. Loysel, 255 : *bornes se mettent par autorité de justice*.

rées les unes des autres, isolée (*insulae*). comme c'était souvent le cas dans le Midi, si un propriétaire faisait construire à la limite de sa terre, il ne pouvait pas empêcher que son mur ne devînt mitoyen entre lui et son voisin, si celui-ci se décidait à bâtir au même endroit (1) ; pour acquérir la mitoyenneté, il fallait payer la valeur de la moitié du mur et de la moitié de la terre sur laquelle il était édifié ; on avait admis ainsi une véritable expropriation pour cause d'utilité privée. Le régime du mur mitoyen est un régime de copropriété forcée dont les détails se trouvent, comme ceux relatifs aux servitudes de vues (2), dans nombre de Coutumes, en particulier dans la Coutume de Paris. Les Coutumes admettaient aussi la mitoyenneté des haies et des fossés.

B° Les **servitudes établies par le fait de l'homme** résultent de jugements (à l'occasion d'un partage) (3) et même, d'après certains, de décrets (4), de contrats (5), de testaments, de la destination du père de famille, de la prescription. — **Destination du père de famille** (6). La jurisprudence des pays de droit écrit, pas plus que le droit romain (7), n'admettait, en principe, ce mode de création des servitudes (8). Elle redoutait de les multiplier outre mesure ; il suffisait, en effet, pour les produire,

(1) Ci-dessus, p. 246, t. II. Beaum., 24, 22. *Gr. C.*, 2, 38 (p. 355). *Cout not.*, 8, 77, 156, 173, 272. *Const. du Cât.*, § 49. Paris, 192 et suiv. *Ass. de Jérus*, *C. des B.*, ch. 150. Loysel, 283 : *en villes, tout mur est meloien, s'il n'appert du contraire. Anjou*, éd. Beaut-B., IV, 11. Britz, p. 634. Pertile, § 144.

(2) Griesinger, *De servit. luminum*, 1819. Britz, p. 644. Pertile, § 144.

(3) Cf. *adjudicatio* en droit romain.

(4) Une servitude est énoncée dans une saisie réelle : le propriétaire du fonds servant ne fait pas opposition ; l'adjudicataire a le droit d'exercer la servitude. La Thaumassière, s. Berry, 2, 1. Camus, s. Paris, 186. D'après Lamoignon, *Arr.*, t. des Servit., art. 3, il n'a que le droit de prescrire par dix et vingt ans. Ferrière, s Paris, 1, 8. Un grand nombre de jurisconsultes rejetaient ces deux opinions. Gouget, *Tr. des criées*, 2, 4, 130.

(5) Sur l'intervention du seigneur et les coutumes de nantissement, cf. *supra*, p. 1285, 1291. — Paris, 215. Orl., 227. Cf. *Gr. Cout.*, 2, 38. Desgodets, s. 215, Paris. Lamoignon, *Arr.*, *op. cit.* : inutile de spécifier les servitudes *apparentes*. Cf. C. civ., 694. Le décret forcé purgeait les servitudes cachées, mais non les servitudes apparentes, Edit. de 1551, art. 12. Gouget, *Criées*, p. 442.

(6) Lalaure, 3, 9 et 10. Guyot, v° *Serv.*, 17 et 18. Villequez, *Rhdr.*, V. 197. Machelard, *Examen critique des distinctions admises en ce qui conc. les serv. prédiales*, p. 122.

(7) Machelard, *op. cit.* Dig., 8, 3, 31 ; 8. 4, 7, 10 : 33, 3, 1.

(8) Serres, *Inst.*, II, 3 (p. 145). *Secus.* Julien, *Elém.*; p. 154.

que le propriétaire de deux fonds fît servir l'un au profit de l'autre ; le jour où, à la suite d'une vente, d'un partage, les deux fonds avaient des maîtres différents, cet état de fait se transformait en servitude de droit. Le droit coutumier est en sens contraire, sans doute à raison du caractère même de la propriété foncière, parce qu'elle avait de la peine à se dégager de ses formes collectives. Dans l'ancienne Coutume de Paris, article 91 : *Disposition et destination du père de famille valent titre* (1). Telle est encore la règle de plusieurs Coutumes (2); quelques-unes la restreignent au cas de partage (3). Mais lors de la réformation de la Coutume de Paris, article 216, il fut spécifié que la destination du père de famille n'équivaudrait à un titre qu'autant qu'elle serait prouvée par écrit (4). C'eût été supprimer ce mode d'établissement des servitudes, si on avait interprété le texte à la rigueur comme le voulaient certains ; la tradition fut assez forte pour le maintenir ; on se borna à interdire de prouver par témoins que l'un des fonds avait servi au profit de l'autre lorsqu'ils avaient un propriétaire commun ; on exigea une preuve par écrit (par exemple quittances des ouvriers qui ont construit un égout, etc.). Même avec cette interprétation, le droit coutumier se rapprochait du droit romain et la destination du père de famille perdait de son étendue d'application (5). — **Prescription** (6). L'ancien droit était fort divisé sur l'acquisition des servitudes par la prescription. Il semble que primitivement ce mode était vu avec faveur, parce que les servitudes étaient comme le résidu d'un régime de propriété collective (7). La réaction dans le sens de la propriété individuelle

(1) *Cout. not.*, 80, 108, 174. *Gr. Cout.*, p. 359.

(2) Etampes, 73. Melun, 189. Reims, 350, etc.

(3) Tour., 212. Norm., 609.

(4) Paris, 215, 216. Ferrière, s. Paris, 216. Pothier, s. Orléans, 228. Poullain-Duparc, s. Bret., III, 307 Pasquier, *Inst.*, p. 268.

(5) Il semble bien que, dans l'ancien droit, la destination du père de famille ne s'appliquait qu'aux servitudes apparentes. Et, d'ailleurs, on distingue assez mal l'apparence et la continuité. Lalaure, I, 1, et II, 2. Guyot, v° *Serv.*, n°s 7 et 8 (visibles et cachées).

(6) D'Argentré, s. Bret., 271. Ferrière, s. Paris, 186. Pothier. *Prescr.*, n° 286. Guyot, v° *Serv.*, 22. Longs détails dans Lalaure, I, II et III. Ci-dessus, p. 291, t. II. Sur la tolérance, cf. le proverbe allemand : *Amitié et bonne volonté ne font aucun droit.* Chaisemartin, p. 176. Beaum., 24, 15.

(7) Douai, 9, 2. Gr. Perche, 216 : possession immémoriale. Ailleurs possession de dix ou vingt ans, de trente ou quarante, etc. Artois, 72. Auv.,

amena au principe de la Coutume de Paris, article 186 (1) : *nulle servitude sans titre* (2). Il fallut encore cependant batailler contre la possession immémoriale qui résistait à la proscription et qui dans certaines Coutumes parvint à se maintenir (3). La règle nouvelle avait de grands avantages pratiques : elle coupait court à bien des procès sur l'existence des servitudes. Le Code civil, adoptant un système intermédiaire dont la jurisprudence des pays de droit écrit, lui fournit les éléments (4), admet la prescription, mais pour les seules servitudes continues et apparentes (5). L'extinction des servitudes par le *non-usage* de trente ans que l'on avait emprunté au droit romain, était généralement reçue (6).

§ 8. — *Restrictions à la liberté d'aliéner entre vifs. — Les retraits* (7).

1. — La **liberté de disposer entre vifs** des biens immobiliers

17, 1. Châlons, 144, etc. Voy. Conférence de Guénois, *h. v°*. D'Argentré, s. 271, Bret., v° *Sans titre*, n° 10. Dunod, 3e p., ch. 6. Pothier, *Poss.*, n° 90.

(1) Elle se trouve déjà formulée au quatorzième siècle. *Cout. not.*, 8. Desmares, 387. *Gr. C.*, II. 38 (p. 353). Cf. Beaum., 24, 15, 31. *L. des droiz*, n° 711. *Anjou*, éd. Beaut-B., Table, v° *Servit.* Loysel, 293. Ord., 1495, 5 (Isamb., XI, 156).

(2) Dumoulin, s. 230, Blois. Coquille, s. Niv., 10, 2. Ferrière, s. Paris, 186. Cf. C. civ., 642.

(3) Ci-dessus, p. 299, t. II. Loysel, 299.

(4) Serres. *Inst.*, II, 3.

(5) Dig., 8, 2, 28 (Paul). Cf. Machelard, *op. cit*

(6) Domat, 1, 12, 6, 5. Pothier, s. Orl., t. 13.

(7) Bibliographie. — Ci-dessus, p. 198, 205, t. II. — Balde, Matth. de Afflictis, *Tract. de jure prothimeseos* (dans les *Tract. illustr. Jct.*). — Tiraquellus, *De utroque retractu*, 1571. — Grimaudet, *Retr. lignager*, 1586. — Loysel, *Inst*, n° 422. — Pasquier, *Inst.*, 625. — Cogniaux, *Pratique du retr.*, 1623. — Argou, *Inst.*, II, 8. — Dunod, *Mainmorte et retr.*, 1733. - *Encycl. méthod. Jurispr.*, VII, 412. — Pothier, *Tr. des retraits*, 1762 (t. III, éd. Bug.). — Bourjon, *l.* III, t. 20 (I, p. 1017). — Ferrière, Guyot, *h. v°* (bibl.). — Breye, *Tr. d. r.* 1736.

Thèses : Terrat, 1872; Jobbé-Duval, 1874 (bibl.); Giard, 1900 (bibl.). — Buche, *NRH*, 1884, 337. — *NRH.* 1891, 167. — D'Espinay, *La féodalité et le dr. civil*, p. 315, 417. — Viollet, p 562. — Glasson, VII, 561. — Beaune, *Introd. au dr. cout.*, 417. — De Croos, *Mém. Soc. Dunkerque*, XX, 238. Verdelot, *Th.*, 1899. — Heusler, § 90. — Stobbe, § 87 (bibl.). — Lewis, *De orig. facult. her. prohib. alien.*, 1852. — Renaud, *ZfDR*, 1844, 240.— Laband, *Arch. f. civ. Prax.*, 52, 151. — Dahlmann, *De retractu*, 1869. — Walch. *Näherrecht*, 1795. — Fipper, *Beispruchsrecht*, 1879 (*Unters.* de Gierke). — Brünneck, *Retuitionsklage*, 1873 ; *Stadtr. Sicil.*, p. 110. — Schrœder, 3e éd., p. 272, 708 (bibl.), 62. — Huber, IV, 268, 296, 698, 718. — Tamassia, *Arch·*

subissait, dans l'ancien droit, de nombreuses restrictions : les unes tenaient à l'insuffisance des droits du propriétaire, comme la théorie des retraits, les autres à l'incapacité de l'acquéreur, ainsi l'interdiction de disposer au profit des gens de mainmorte (dont il a été question ailleurs) (1), et en particulier au profit de l'Eglise : *vendere cuilibet poterit praeter ad Ecclesiam*, cette formule n'est pas rare au moyen âge.

2. — Les **retraits**. — Aux droits du propriétaire foncier sur son bien se superposent ceux du seigneur, des parents, des voisins ou copropriétaires par indivis. Chacun de ces cointéressés a qualité pour intervenir dans l'aliénation : son droit s'y manifeste avec plus ou moins d'énergie, suivant les époques, et d'ordinaire selon une progression décroissante, par voie d'*autorisation*, de *préemption* et de *retrait*. La voie normale, en fin de compte, celle qui a prévalu dans notre ancienne législation comme constituant un compromis entre la vieille organisation de la propriété et le régime moderne de la propriété individuelle, est le *retrait* ou droit de retirer à soi, *retraire* le fonds vendu par son propriétaire à un tiers à condition d'indemniser ce dernier ; on se substitue à lui, on lui est subrogé, et on prend le marché pour son compte. Le retrait apparaît à peine, dans la législation du Bas-Empire, au profit des voisins et des copropriétaires (2). Notre ancien droit, au contraire, possède un

giur., 1885, p. 1 et 251 ; *Alienazioni degli immobili e gli eredi sec. gli antichi dir. germ.*, 1884. — Pertile, § 118. — Salvioli, § 225. — V. La Mantia, *Protim.* (Sicile), 1895. — *ZSS*, 1880, *GA*, 124. — Negulesco, *Protimis* (Roumanie), *NRH*, 1889, 213. — Nascella, *Préemption en dr. égyptien*, 1898. — Pollock et M., I, 325, 632, 670; II, 246 328. — Britz, p. 698 (bibl.). — Ficker, *Untersuch. z. Erbenfolge*, V, p. 244, 292. — Monnier, *NRH*, 1896. — Beauchet, *NRH*, 1900, 600; 1901, 1. — Dareste, *Etud. d'hist. du droit*, p. 27, 60, 132, 190, 263, 293, 328. — Tornauw, *Dr. musulman*, tr. fr., 1860, p. 278. — Post, *Grundr.*, II, 1, 201; II, 702. — Maitland, *Law. Quart. R.*, IV, 36, 211 (survivances des anciennes communautés). — Lamprecht, *Et. sur l'état écon. de la France*, 1889; *Deutsch., Wirthschaftsleben*, 1885. Sur le côté économique du sujet, cf. bibl. dans Schrœder, p. 8 Kovalesky, *Passage de la propr. collective à la propr. individuelle* (*Ann. de l'Inst. de sociol.*, II, 175).

(1) Cf. L'Eglise, t. I. Cf. sur la législation anglaise, ci-contre, p. 349, t. II. Pollock et M., I, 314. Détails et textes pour l'Italie, dans Pertile, § 146. Voy. aussi, ci-après, Personnes morales. Pollock, *Landlaws*, p. 91.

(2) Il rentre comme l'*adjectio* dans la série des mesures prises pour assurer la rentrée des impôts. Cod Just., 4, 52, 3. *Epist.* de Symmaque, IX, 21; de Sidoine Apollinaire, IV, 24; V, 3. Cod. Théod., 3, 1, 6 (a 391) : *Dudum proximis consortibusque* (voisins et copropriétaires; d'autres traduisent

grand nombre de retraits (1) : 1° *retrait de voisinage* ou de *bourgeoisie* au profit des voisins ou bourgeois (2); 2° *retrait de com-*

proximi par parents) *concessum erat ut extraneos ab emptione removerent neque homines suo arbitratu vendenda distraherent; sed quia gravis haec videtur injuria quae inani honestatis colore velatur ut homines de rebus suis facere aliquid cogantur inviti, lege superiore cassala* (loi de Constantin?), *unusquisque suo arbitratu quaerere vel probare possit emptorem* (Valent., Théod. et Arc.). Godefroy, éd. Ritter, I, 286. Cod. Just., 4, 38, 14; cf. 11, 56, 1; 10, 19, 8, et Cod Théod., 11, 24, 6, 1. Nov. Just., 120, 1. Voy. surtout la Novelle de Romain Lecapène, 922, dans Zach., *Jus graeco-rom.*, III, 234; cf. Nov. 114 de Léon (ordre : parents, copropriétaires, voisins). Sur la *protimésis* byzantine, cf. Zachariae de Lingenthal, *Gesch. d. griech. röm. R.*, 1877, § 50. Mortreuil, *Hist. du dr. byz.*, 1844. Platon, *Le Socialisme en Grèce*, 1895; *La démocratie et le rég. fiscal à Rome et à Athènes*, 1899. Monnier, *NRH.*, 1892, p. 654. La const. *Sancimus*, attribuée, d'ordinaire, à Frédéric II, œuvre privée d'après d'autres (Brünneck), n'est guère qu'une traduction de la Novelle de Romain Lecapène. On la trouve d'ordinaire dans les anciennes éditions des *Libri Feudorum*. Cf. Monnier, *NRH.*, 1896, p. 651 (bibl.). A. del Vecchio, *Legisl. di Federico II*, p. 104. Coutumes siciliennes, voy. La Mantia, *Storia d. legisl. sic.*, 1858, et surtout *Consuet. e leggi s. la protimisi*, 1895. Giuffrida, *Genesi d. consuetud. di Sicilia*, 1901, A Rome, le *pactum protimeseos* adjoint à la vente ne conférait qu'un droit personnel; mais la *protimesis* byzantine semble bien donner déjà un droit réel. Tamassia, *op. cit.* (statuts italiens). Lattes, p. 269. Lorsqu'un propriétaire voulait vendre sa terre, le voisin était préféré aux autres acquéreurs (à prix égal); cet avantage était la juste compensation de la charge de l'*adjectio*; l'Etat pouvait, en effet, adjuger de force les *agri steriles et deserti* au propriétaire voisin en lui imposant la charge d'impôt. Mais, quoique la *protimesis* se rattache ainsi au système fiscal du Bas-Empire, il se peut qu'il ait son origine lointaine dans la copropriété de famille ou de village. L'Etat n'aurait fait que consacrer dans son intérêt une institution populaire. Cf. ci-après, n° 4 *in fine*.

(1) Vingt-cinq d'après Merlin, *Rép.*, 5e éd. Citons le retrait d'argenterie léguée (Décl. 1689), de bestiaux (Labourt, VI, 1 : au profit du gardien du bétail, lorsque le propriétaire en vend une ou plusieurs têtes), de recousse (au profit du saisi pour reprendre ses meubles adjugés à un tiers; ces trois retraits sont contraires au principe *meubles ne chéent en retrait* (Paris, 144) qui s'explique par ce qu'on a dit plus haut, p. 220, t. II, au sujet de la propriété mobilière; le retrait de reconsolidation (au profit du nu propriétaire contre le tiers auquel l'usufruitier a cédé son droit); le retrait de rentes ou de cens (au profit du débirentier, quand le crédirentier cède sa rente). Britz, p. 708, mentionne un *retrait populaire* accordé à tous contre les gens de mainmorte. Liège, 16, 28. L'expropriation pour cause d'utilité publique est qualifiée de *retrait d'utilité publique*. Guyot, *h. v°*. Ci-contre, p. 213, t. II. En Alsace, retrait sur les Juifs (depuis 1747) pour les empêcher d'acquérir un trop grand nombre de maisons (aboli, 27 sept.-13 nov. 1791).

(2) On dit aussi *retrait d'habitation* ou *local*. Cf., en droit allemand, *Marklosung*, retrait au profit des habitants de la marche; *Genossenlosung*, retrait au profit des habitants de la commune; *Fürnossenrecht*, *Nachbarlosung*, au profit des voisins. Heusler, II, 61. Chaisemartin, *Prov.*, p. 213. Nos anciens auteurs le rattachent aux lois du Bas-Empire, La 1, 6, Cod.

munion, de *bienséance* ou d'*indivision* au profit des copropriétaires (1) ; 3° *retrait seigneurial* au profit du seigneur (*féodal*, pour les fiefs ; *censuel*, pour les censives) (2) ; 4° *retrait lignager*, au

Théod., 3, 1 (*Dudum*), figure au Brév. d'Alaric. *Petrus*, I, 19 : *Consueludo antiquorum esse solebat, ut frater de rebus suis immobilibus non venderet nisi fratri, propinquus propinquo, nec consors nisi consorti, si emere vellent. Quam consuetudinem adhuc quidam cismontani busnardi justissimam esse affirmant. Sed... (imperatores) permiserunt omnibus vendere vel donare res suas cuicumque voluerint.* — De ce passage on peut induire que le retrait de voisinage se rattache plutôt aux communautés agraires de l'ancienne Germanie, comme le retrait lignager à la constitution de la famille germanique. Les *vicini* peuvent s'opposer à l'établissement d'un étranger, d'après la *L. Sal.*, 45, *de migr.*; ils succèdent les uns aux autres à défaut de fils, avant l'édit de Chilpéric. Cf. Geffcken, *L. Sal.*, Table, v° *Villa*, *Vicinus*. Ci-après, Successions. Engelman, *De retractu locali*, 1776. Grimm, *RA*, 531. Bibl. dans Stobbe, § 89; Schrœder, 204, 324 et suiv. — Le voisin du midi (*vezi* = membre de la *veziau* ou communauté ; cf. Espagne, *vecino*) correspond au bourgeois du Nord. Du Cange, v° *Vicinus*. Cadier. *Etats de Béarn*, p. 91. Sur le *vicinatico* à Cannobio, cf. Lattes, *Dir. consuet.*, 1899, p 153. Le propriétaire d'un fonds contigu à celui qui est aliéné jouit-il du droit de retrait, en supposant qu'il ne soit pas cobourgeois de l'aliénateur ? Non, à ce qu'il semble, et à la différence de ce qui se pratiquait, sous le Bas-Empire, en Allemagne. — Le retrait de bourgeoisie s'applique parfois aux effets mobiliers et aux vivres. Bayonne, V, 43 (navires). Labourt, VI, 8. Bergerac, 106. — Droits de *treizain* (Nimes), *abzuc*, émigration, florin de succession, etc., perçus par les seigneurs ou les villes quand les biens d'un bourgeois ou d'un domicilié passent à un forain par voie de succession ou autrement. L. 19 juill. 1790. — Bayonne, V, 51 : retrait de maison vendue pour être démolie. — Italie. cf. Tamassia, p. 256, 260, etc. Dambeza, Thèse, 1886 (Commun. agraires en Algérie).

(1) Anciennement, les copropriétaires étaient des parents ou des cobourgeois, et le retrait lignager ou le retrait de voisinage devaient seuls être en usage. Le retrait d'indivision finit par se séparer des précédents et par acquérir une existence distincte dans certaines coutumes, peut-être sous l'influence des lois romaines. A l'origine, on lui assigna pour but de reconstituer l'unité du domaine ; par la suite, on y vit plutôt un moyen de faciliter la cessation de l'indivision. Cf. lois rom. citées à la note précédente. Loysel, 422 (bibl.). *Ass. de Jérus.*, éd. B., 2, 260. Bayonne, 5, 20. Dax, 10, 17. Berghes, 9, 9, etc. Lille, 7, 1 : *r. de frareuselé* (cf. Ragueau, *h. v°*), identique au retrait d'indivision ; *r. d'esclèche* (éclipsement ou démembrement), droit pour le copartageant de reprendre la part divise détachée du fonds commun et aliénée à un tiers. En droit allemand : *Theillosung*, *Gespilderecht*, *Getheilenzugrecht*.

(2) Ou *retenue*. Loysel, 423. Ragueau, *h. v°*. Le seigneur retient et réunit à sa table le fief aliéné. Dans les pays de droit écrit, le retrait seigneurial s'appelle *prélation* (Guyot, *Rép.*, *h. v°*) et présente quelques particularités. — Retrait ducal (duchés-pairies), Guyot, *h. v°*. — Loysel, 432 : Le roi n'a droit de retrait seigneurial ; aussi n'en peut-on user contre lui. Ferrière, v° *Retr. féod.* : le roi peut retraire les fiefs mouvants immédiatement de la couronne, mais non les arrière-fiefs, sans quoi il aurait à la fin tous les fiefs

profit de la parenté ou lignage (1); 5° *retrait conventionnel*, au profit du vendeur qui se le réserve par une clause de l'acte de vente (2). Le *retrait lignager*, le plus pratique et le plus répandu, sera étudié à part comme un type dont les autres se rapprochent dans leurs traits essentiels. En cas de conflit entre les retraits, dans le dernier état du droit, on préférait quelquefois les retraits de voisinage et de communion au retrait lignager, toujours le retrait lignager au retrait seigneurial (3). Le retrait conventionnel l'emportait sur tous les autres.

3. — **Inconvénients des retraits. Leur suppression.** — Avec la décadence de la féodalité, la désorganisation de la famille et des communautés agraires, les retraits avaient perdu leur raison d'être (4). On ne paraît pas avoir songé à les utiliser dans l'intérêt de la bonne culture des terres en reconstituant des domaines trop morcelés pour que leur exploitation soit avantageuse. Certains cessèrent d'être en usage; ceux qui subsistè-

du royaume. — Cf., sur le retrait seigneurial, les traités sur les fiefs, sur les droits féodaux. Loysel, 424.

(1) *Retractus gentilicius, consanguinitatis, Erblosung*, etc. Ci-après.

(2) Pothier, n° 532, distingue : 1° le *remere*, clause par laquelle le vendeur se réserve la faculté de racheter la chose vendue, et l'acheteur s'oblige à la lui rendre; 2° le *retrait conventionnel*, en vertu duquel le vendeur et ses successeurs ont le droit, toutes les fois que l'héritage est vendu soit par l'acquéreur, soit par ses successeurs, d'avoir la préférence sur les acheteurs et de prendre leur marché. Cf. Tiraqueau, *op. cit.*, et Merlin, v° *Faculté de rachat.*

(3) Curieux vestige, pourrait-on penser, de l'ordre dans lequel s'étaient succédé les diverses formes de la propriété (collective, familiale, féodale); mais le fait n'est ni assez ancien ni assez général pour permettre cette conclusion. *L. Feud.*, II, 9, 1. Loysel, 425. Beaum., 51, 20. *Olim*, I, 666. *Ass. de Jérus., loc. cit.* (parent préféré au voisin). Chaisemartin, *Prov.*, p. 213 : copartagé passe avant lignager. Heusler, II, 63 : parents, communistes, *Hofleute*; ou bien, à une époque plus récente : prévention et, au cas d'action simultanée, tirage au sort. — Cf. Tamassia, *op. cit.*, p. 260, etc. Code de Monténégro, art. 49.

(4) Bout., I, 1 (p. 3) : *droit haineux*. Tiraqueau expose longuement les avantages et les inconvénients du retrait. Domat lui est défavorable. Auzanet, préf. au t. du retrait, *C. de Paris*, constate qu'il donne lieu à un nombre infini de fraudes, de parjures et de procès, sans compter qu'il est contraire à la bonne foi et à la liberté du commerce. Montesquieu est un des rares défenseurs de ce qu'il appelle *un mystère de l'ancien droit*. Cf. aussi Pothier. Dans le retrait lignager, le plus usité de tous, on voit un des moyens de conserver « la splendeur du nom. » Ce serait un de ces procédés artificiels employés, dans un but politique, pour retarder la désagrégation des vieilles familles.

rent furent soumis à des conditions de plus en plus rigoureuses. On ne vit plus en eux qu'une entrave à la circulation des biens, partant au développement de la richesse publique. L'acquéreur exposé à être évincé, sans certitude du lendemain, hésitait à conclure un marché dont tout le profit, s'il y en avait, serait pour les autres. Frappée de ces inconvénients, désireuse de consolider la propriété individuelle, la Révolution abolit les retraits (1). Le retrait seigneurial se trouva le premier atteint et disparut avec le régime féodal (2). Les autres furent supprimés ensuite (13 juin 1790), parce qu'ils risquaient de gêner la vente des biens nationaux (3). Peu après, le 17 juillet 1790, la Constituante compléta son œuvre en abolissant le retrait lignager lui-même (4). Une loi du 13 mai 1792 renouvela en termes très généraux la proscription de toute espèce de retraits (5).

4. — **Les retraits du Code civil et les actions en subrogation.** — Des retraits proprement dits se rapprochaient, sans se confondre avec eux, certains cas de subrogation personnelle, tels que la subrogation du débiteur cédé au cessionnaire d'un droit litigieux (6). On ne le désignait guère sous le nom de retraits. Ils durent à cette circonstance et à leur origine romaine de survivre à la proscription révolutionnaire. Ainsi s'explique la présence dans le Code civil d'un

(1) La rescision pour cause de lésion fut supprimée pour les mêmes motifs. Fenet, *Trav. prép.*, I, 67.

(2) L. 15 mars 1790, art. 10 (24 février).

(3) Sagnac, *Législ. civ. de la Révol.*, p. 202. Viollet, p. 560.

(4) Quelques Coutumes l'avaient déjà supprimé. Artois (1741), 14. Arras, 1. Bapaume, 9. Douai, 3, 4. Cambrai, ?, 13. *Moniteur* du 14 juin et 18 juillet 1790.

(5) *Code civil interm.*, Table, v° *Retrait*. Suppression du *rabattement de décret* pratiqué en Languedoc contre l'adjudicataire à la suite de la vente forcée d'un immeuble (25 août 1792). Ferrière, Guyot, *h. v°*. Cf. Norm., 471. Abolition du retrait des aînés en Norm. et de l'art. 332, C. de Norm. (2 et 30 sept. 1793). Le retrait conventionnel est lui-même interdit. Fenet, I, p. 25.

(6) Les retraits proprement dits sont la manifestation d'un droit de propriété latent, tandis que la subrogation dont il est question ici concerne plutôt des créances. Les premiers tiennent au régime de la propriété foncière; la subrogation s'explique par de tout autres raisons (réprimer les spéculations et l'esprit de chicane, etc.). En cas de cession de créances litigieuses, l'ancienne dette subsistait (avec ses garanties), mais elle était réduite; si le cédé avait été un retrayant, l'indemnité par lui due au retrayé (cessionnaire) eût été une dette nouvelle, sans garanties.

certain nombre de retraits, le *retrait litigieux* (1), le *retrait suc-*

(1) Art. 1699 et suiv. Merlin, v° *Droits litigieux*. Alb. Desjardins, *R. prat.*, 1868, 25, 138; 1870, 29, 451, et 30, 225 (bibl.). En cette matière, notre ancien droit n'a fait qu'appliquer ou étendre des lois romaines bien connues : Cod. Just., 2, 13 (*ne liceat potentior*), 2; 8, 36 (*de litigios.*), 3 et 5; Nov., 72, 5 (tuteurs ; C. civ., 450); Cod. Just., 4, 35 (*Mandati*), 22 et 23 (célèbres constitutions *Per Diversas* et *Ab Anastasio*). Elles n'avaient sans doute jamais complètement cessé d'être en vigueur; pour la première, cela résulte, au moins, des textes suivants : *Edict. Theodor.*, 43, 44. *L. Rom. Visig.*, Cod. Théod., 2, 14. Papien, 43. *Burg.*, 22, 55. *L. Visig. Reccesv.*, 2, 3, 8; cf. 5, 4, 20, et Cod. Eur., 312. *Petrus*, 4, 20. — A° Ord. 1356 et 1585. Interdiction de céder des dettes à des personnes plus puissantes, de crainte qu'elles ne dictent la sentence du juge, ou à des privilégiés (p. ex. écoliers), afin que les plaideurs ne soient pas distraits de leurs juges naturels, et cela sous peine de la nullité de la cession, de la déchéance du cédant, d'une amende arbitraire imposée au cessionnaire, outre des dommages-intérêts. Le Prestre, *Q. not.*, I, 93, 37. — B° Ord. 1521, 23 : défense aux juges d'acquérir les biens sur lesquels il y a procès devant leur juridiction et Ord. janv. 1560, 54 : aux avocats; procureurs, d'acquérir les causes dont ils sont chargés; C. Michaud, 94 : aux juges, avocats, etc., d'acquérir *aucune* dette litigieuse (non enregistré dans divers Parlements). Arr. règl. Parl. Paris, 10 juil. 1665, art. 13. Les deux prohibitions se confondent. C. civ., 1597. Cf. pacte *de quota litis*. Ferrière, *h. v°* (bibl.). C° Des lois *Per Diversas* et *Ab Anastasio* édictées en haine des spéculateurs qui se font céder des créances dans un but de chicane, notre ancienne jurisprudence tira une institution que Pothier, *Vente*, n° 588, est à peu près le seul à qualifier *d'espèce de retrait*. Les Parlements de Toulouse et de Grenoble appliquèrent ces lois à la cession des créances litigieuses ou autres. Cf. *retrait débital* en Flandre. Guyot, *h. v°*. Ailleurs prévalut l'interprétation de Dumoulin qui les restreignait aux créances litigieuses. *Usur.*, q. 62, n° 413. Arr. de la Ch. de l'Edit, 9 mai 1605. Brillon, *Dict. des Arrêts*, v° *Litige*. Brodeau, s. Loucl, *cession de dr. litig.* Pothier, n° 591. La cession des *droits réels* litigieux fut assimilée à celle des créances, arr. de 1578, 1615, sans doute par suite de l'influence des Ordonnances précitées (A° et B°); elles ne distinguaient pas les droits réels des créances; d'ailleurs, du moment où on n'envisageait que le caractère litigieux du droit, l'assimilation était naturelle. C'est ce qui conduisit à l'idée de subrogation : à Rome, la créance cédée était réduite au prix de cession; on ne pouvait réduire de la sorte un droit réel, la propriété ou l'usufruit d'un fonds; on imagina de dire que le cédé serait subrogé au cessionnaire et, chose singulière, contre lui-même. Charondas, *Pand.*, 2, 29. On discuta toujours au sujet des conditions requises pour que le droit fût litigieux : contestation en cause? demande seulement (Auth. *litigiosa*)? simple appréhension d'un litige? C. civ., 1700. Les exceptions à la règle admise par Anastase se retrouvent dans Pothier, 594, et dans le C. civ., 1701. Il fallut d'abord au cédé des *lettres de subrogation* pour se substituer à l'acheteur en lui payant le prix de la cession (inférieur d'ordinaire au montant de la créance). Charondas, *Pand.*, 2, 29. Elles avaient cessé d'être exigées au dix-huitième siècle. R. de Lacombe, v° *transport*. Selon quelques auteurs de la fin du dix-huitième siècle comme Boucher d'Argis, le retrait litigieux aurait cessé d'être en usage; c'est bien peu vraisemblable, puisque Pothier en parle et qu'il se retrouve sous la Révo-

cessoral (1), le *retrait d'indivision* (2). Les rédacteurs du Code évitèrent, d'ailleurs, ces expressions qui sentaient l'Ancien

lution; peut-être veulent-ils dire, comme Imbert, *Enchir., h. v°*, que les lois romaines sont abrogées en ce sens que le transport des droits litigieux seuls (et non la cession de créances quelconques) est sujet à retrait. Le Trib. de Cass., 8 frim. an XII, déclare qu'il n'y a là rien de commun avec les retraits. Cf. Sirey, 1828-30, I, 20 et 59.

(1) Art. 841. — Sous la dénomination de *R. de cohéritier* ou *R. successoral*, Merlin prévoit deux cas : 1° Un cohéritier acquiert quelque droit relatif à la succession; avant le partage de celle-ci, un autre cohéritier peut exiger que l'acquisition soit réunie à la masse. *Dig. fam. erc.*, 19; *de leg.*, I, 89, 4. — 2° Un cohéritier cède ses droits successifs à un étranger à la succession : tout cohéritier peut se substituer à celui-ci. Cf. v° *Droits successifs*. L'art. 841 du C. civ. a consacré ce droit déjà généralement reçu dans notre ancienne jurisprudence. Cf. surtout Alb. Desjardins, *R. prat.*, 1870, 497. Il n'en est question que dans un petit nombre de Coutumes (Alost, 20, 5; Bruges, 20, 3; Namur, 69, 70. Britz, p. 700). Mais le Parl. de Paris l'admit par des arr. de 1521, 1578, 1595, et surtout 1613 (sur le plaidoyer de l'avocat général Servin. *Actions*, 1, III, n° 114, éd. 1639, p. 880). Nos anciens auteurs le rattachent au retrait litigieux, bien que les droits successifs puissent être incontestés; ou bien on le justifie par le désir d'empêcher les étrangers de s'immiscer dans les secrets de famille et d'augmenter les difficultés du partage. Charondas, *Pand.*, c. 29. Servin, *l. c.* Lebrun, *Successions*, 4, 2, 3, 66. A nos yeux, le retrait successoral fut créé d'instinct par la pratique, par extension du retrait lignager et du retrait d'indivision ; les cohéritiers non lignagers en profitèrent, et il s'appliqua non à un immeuble particulier, mais à un ensemble de droits. Quoiqu'il soit qualifié de *retrait* par Denisart et Merlin, on y voit plutôt une *subrogation*, et anciennement des lettres de chancellerie étaient requises, Nouv. Denisart, v° *Cession de dr. success.* Par là il se trouva soustrait à la proscription générale des retraits prononcée par les lois révolutionnaires. La Convention annula, il est vrai, le 19 flor. an II, un jugement du tribunal de Breteuil autorisant des héritiers à exercer le retrait successoral; mais cette décision ne fut pas promulguée comme loi et le trib. de Cassation reconnut qu'il n'était point aboli (25 vend. an V ; 11 germ. an X; 8 frim. an XII).

(2) Art. 1408 : le mari acquiert pour partie ou pour le tout un immeuble dont la femme est copropriétaire par indivis; celle-ci, lors de la dissolution de la communauté, a le choix d'abandonner l'effet à la communauté ou de le *retirer*. Lorsqu'elle prend ce dernier parti, on dit qu'elle exerce le *retrait d'indivision*; mais cette expression, employée par Toullier (à tort ou à raison?), n'était pas en usage pour ce cas dans notre ancien droit; sur l'hypothèse prévue par l'article 1408, nos anciens auteurs sont peu explicites. — En pays de droit écrit, on appliquait la l. 78, 4, D., *de j. dot.*, 23, 3, attribuant à la femme la part indivise du fonds dotal acquise par le mari (parce que c'est l'accessoire de la dot). Roussilhe, *Dot*, 2, 554 et suiv., semble dire qu'elle a la faculté, mais non l'obligation de prendre cette part : elle *peut* forcer les héritiers du mari à lui abandonner la totalité du fonds,... la femme ou ses héritiers *ayant le droit de retenir* lesdites acquisitions. Cf., en sens contr., Rouss. de Lacombe, *Rec. de jurispr. civile*, v° *Dot*, p. 234. — En pays coutumier, la règle romaine était trop d'accord avec les institutions du retrait lignager, du retrait de mi-denier

Régime, et les retraits ne figurent dans leur œuvre qu'incognito. Il était réservé à l'Ecole de faire revivre ces dénominations archaïques dans un temps où elles n'avaient plus rien de suspect. En législation, le mérite de ces nouveaux retraits est fort discuté. Ils ont, du reste, peu d'importance. On ne saurait les comparer aux retraits de l'ancien Régime. Ils ne fourniraient même pas de point d'attache à un système de *remembrement* de la propriété foncière, comme il en existe en Allemagne à notre époque, et comme il en a existé dans le passé, par exemple en Italie (*ingrossazioni*) (1).

5. — Le **retrait lignager** (2) se rattache à la copropriété familiale de l'ancien droit germanique (3). Dans nombre de vieilles

et du retrait de communion, pour ne pas s'adapter au régime de communauté; on l'aurait inventée au besoin. Mais les uns décident que la femme ne saurait refuser l'acquisition, même si elle est faite à des conditions désavantageuses. Lebrun, *Communauté*, I, 5, 2, 3, 12. Ferrière, s. Paris, 220 (III, 1, 13). Cochin, *Œuvres*, V, 231 (éd. 1765), que l'on cite dans ce sens, se place dans l'hypothèse où la femme est seule adjudicataire. Les autres l'autorisent à laisser l'effet pour compte à la communauté, *quia marito non licet onerare propria uxoris;* Bourjon, *Dr. commun*, III, 10, 2, 10, 2, 2 (I, 537, éd. 1770), quand elle renonce; Valin, s. La Rochelle, t. I, p. 493, ou quand elle accepte. Cf. Pothier, *Comm.*, n° 151. Ces derniers auteurs donnaient sans doute la solution reçue par la pratique, et les rédacteurs du Code civil n'ont fait que la consacrer, ainsi que le dit Tronchet. Fenet, XIII, 495, 560, 607. Les partisans de l'opinion adverse s'attachaient trop servilement à la lettre des lois romaines.

(1) Où il semble se rattacher à l'*adjectio* du Bas-Empire. Cf. L'Emphytéose, t. I. On ne cherche pas seulement, comme autrefois, à imposer, dans l'intérêt du fisc, la culture de terres abandonnés, parce qu'elles étaient stériles, aux propriétaires des fonds voisins; dans l'intérêt de l'agriculture, on constitue de *justa praedia* avec de petites parcelles, on cherche à *drizare terras ac fossata*; ou même on consacre légalement cette attraction que le grand domaine exerce sur les parcelles contiguës, on donne au grand propriétaire le droit de *s'arrondir*. Système imaginé pour remédier au mal souvent signalé par les économistes du morcellement excessif des terres, mais qui avait déjà pour adversaires les partisans de la culture intensive : *laudato ingentia rura, exiguum colito*. Actes depuis la fin du douzième siècle. Coutumes du nord et du centre de l'Italie. Dénomination : *retratto coattivo, jus congrui*. Ci-dessus, p. 215, t. II. Tamassia, *op. cit.* (bibl.). Blondel, *Popul. rur. de l'Allem.*, p. 332. Roscher, p. 307.

(2) Ci-dessus, p. 207, t. II. Autres dénominations du *retractus gentilitius : proismeté*, proximité; *premesse*, etc., c'est-à-dire droit du parent le plus proche; *rescousse* (reprise), rachat, retenue; *torn* (F. du Béarn), c'est-à-dire retour; *chalonge* (*calumnia*) = réclamation. Cf. Ragueau, *h. v°*. Droit espagnol : *tanteo* (c'est-à-dire *tanto por tanto*, le parent est préféré). Droit allemand : *Näherrecht, Erblosung, Zugrecht*.

(3) Autres systèmes (abandonnés aujourd'hui). — 1° *Origine hébraïque*. Lévit., XXV. Ruth., XXVII. Jérémie, XXXII, 15. Dareste, *Etudes*, p. 32. Salvador,

législations où la famille est organisée sur les mêmes bases, on remarque une tendance à rendre inaliénables la maison et les terres qui sont le siège d'un groupe de parents; ces biens appartiennent à la famille plutôt qu'à son chef, et celui-ci ne saurait en disposer librement (1). C'est dans le même esprit que le droit de l'époque barbare et le droit coutumier soumettent à des restrictions considérables la faculté d'aliéner les immeubles ou tout au moins les *propres* (2). Il sera question ailleurs de la

Inst. de Moise, I, 220. Rabbinnowicz, *Législ. civ. du Talmud*, t. IV et V. Le Jubilé, qui revenait tous les cinquante ans, résolvait de plein droit les ventes de fonds de terre et faisait retourner ceux-ci à leurs anciens propriétaires, sans qu'ils eussent à indemniser le détenteur. — 2° *Origine celtique*. Pithou, s. Troyes, 114. Laferrière, *Hist. du dr. fr.*, II, 100. — 3° *Origine romaine*. L. 14, Cod. Just., *de contr. emt.*, 4, 38. *Ibid.*, 4, 66, 3. Cf. L. 14, D., *de reb. auct. jud.* Grimaudet, p. 3. Pasquier, *Inst.*, *loc. cit.* Sur la *protimesis* byzantine, les lois de Frédéric II, et l'origine des Coutumes siciliennes, voy. aussi, p. 260, t. II. — 4° *Origine féodale*. Les concessions féodales étaient faites souvent à X... et à ses hoirs; en cas de vente à des étrangers, les hoirs avaient le droit de faire rentrer le fief dans la famille. Laur., s. Paris, t. II. Montesquieu, *Esp. des lois*, 5, 9. Cf. Jobbé-Duval, p. 100. — Mais, *a priori*, on est fondé à dire que le régime féodal a dû être hostile au retrait lignager, car il était organisé dans l'intérêt du seigneur et non dans celui de la parenté du vassal. Devenus patrimoniaux, les fiefs ont été soumis au retrait lignager comme les alleux. Il est à remarquer, d'ailleurs, que le retrait lignager existe chez des peuples où le régime féodal ne s'est pas implanté (Slaves, Kabyles), et qu'à l'inverse, il a trouvé de la résistance en pays de droit écrit, en pleine féodalité. Houard, *Anc. lois des Fr.*, I, 256.

(1) L'histoire de Naboth, victime de son attachement au bien familial, est très significative. Il avait une vigne près du palais du roi Achab; celui-ci lui dit : Donne-moi ta vigne, afin que j'en fasse un jardin de verdure; et il lui offrit de la payer en argent ou de lui en donner une meilleure. Que l'Eternel me garde de te donner l'héritage de mes pères, répond Naboth. I Rois, XXII. Cf. Genèse, XXIII. — Sur les législations anciennes, cf. Dareste, *Etudes*, p. 30, 60, 132, 139, 190, etc. Post, *Grundr. d. ethnolog. Jurispr.*, I, 201. Hanoteau et Letourneux, *Kabyl.*, II, 401 (*chefaa*). Hamilton, *The hedaya*, 1870, p. 548. Louchitzky, *Propriété commune en petite Russie*, 1895, Jobbé-Duval, p. 66. Bogisic, *Code civil du Monténégro*, etc. Beauchet, p. 620.

(2) Les dispositions de certaines lois barbares ont pu faire croire que la liberté de disposer entre vifs était admise en principe dans l'ancien droit germanique. Par exemple *Burg.*, 84. *Bai.*, 15, 16, 17. *Wisig.*, V, 4. Mais ces lois ont subi l'action de la législation romaine. Sur la loi des Thuringiens, 54, *Libero homini liceat hereditatem suam cui voluerit tradere*, cf. Richtofen, *MGH. LL.*, V, 138 Ce texte rappelle la L. *Sax.*, 61, le Cap. 817, 6 (I. 121, cf. 111), certaines formules, par exemple, *F. Andec.*, 58 : *Lex Romana edocet, consuetudo consentit... ut unusquisque de rem suam faciat quod voluerit*. Un moment, les idées romaines semblent écarter le droit germanique (cf. L. des Wisigoths, Formules, Actes, cf. not. Cart de Beaulieu, de

liberté de tester, de la liberté de donner entre vifs ; pour le moment, nous ne traiterons que des aliénations à titre onéreux ; elles semblent moins préjudiciables à la famille, puisqu'elle trouve dans le patrimoine du disposant, sinon le bien lui-même, du moins sa valeur ; mais dans les idées anciennes, l'affectation du bien à la famille s'opposait même aux aliénations de ce genre ; il était destiné à passer d'un parent à l'autre et nul ne pouvait se permettre de troubler l'ordre légal de succession. Une aliénation risquait de désorganiser la famille, d'introduire l'étranger, c'est-à-dire l'ennemi, au cœur de son domaine, et en mettant les choses au mieux, de lui causer un grave préjudice ; le prix est vite dissipé, sans compter qu'il peut être fictif et déguiser une donation. Moins dangereux que la vente, l'échange est encore suspect, car il est rare qu'il s'effectue à l'égal avantage des deux parties. Ces considérations expliquent comment il se fait que l'on ait éprouvé presque autant de répugnance pour les aliénations à titre onéreux que pour les pures libéralités(1). Elles ne furent autorisées d'abord qu'avec l'assentiment des parents, et ceux-ci étaient libres de le refuser, même sans motif. Le propriétaire que leur résistance mettait dans l'impossibilité de vendre sa terre, dut, en cas de besoin, leur imposer l'alternative ou de lui en fournir le prix pour se procurer des aliments ou de le laisser solliciter d'un étranger ce même bon office. Il fallut en venir là, sous peine de condamner à mort tous ceux à qui l'âge, la maladie, ou bien d'autres accidents ne permettaient pas de pourvoir à leurs besoins par leur

Savigny, d'Ainay) ; les Capitulaires essayent d'établir la liberté de disposer surtout, semble-t-il, dans l'intérêt de l'Eglise. Mais la ténacité de la résistance des droits de famille peut se mesurer au soin avec lequel les rédacteurs des actes menacent les héritiers des peines spirituelles et temporelles de l'excommunication et de l'exhérédation, pour le cas où ils ne respecteraient pas la volonté du disposant. Dans la plupart des Cartulaires, on ne tarde pas à voir les héritiers intervenir et donner leur consentement. *Formules*, éd. Rozière, n^os^ 267 et suiv. *Cart. de Cluny*, n° 8 (plusieurs vendeurs) ; n° 434 (a. 935 : parents). etc. ; *Saint-Victor de Marseille*, n^os^ 47, 65, 116, etc. ; *Saint-Berlin*, n° 11 (a. 685) ; *Saint-Père de Chartres*, I, p. 132, 164 (CCXX) ; *Redon*, etc.

(1) Le droit de la famille se manifeste même sur les biens tenus à bail ; cf. en Hainaut, la coutume du *mauvais gré*. Debouvry, Thèse, 1899. Cf. La Censive, t. I. Sur le bourgage en Picardie, combinaison du retrait lignager et du retrait de bourgeoisie (Bouthors, *Sources du dr. rural*, p. 385 ; *Coul. d'Amiens*, II, 588) ; en Normandie, Génestal, Thèse, p. 80. Ci-après, Réservé, Don. entre vifs, etc.

propre travail. Il est vrai qu'une première atteinte était portée par là aux droits des parents; l'offre qu'on leur faisait et le droit de préemption dont ils jouissaient par là même, n'équivalaient pas à la faculté de consentir à l'aliénation, puisque l'exercice de celle-ci ne les obligeait à aucun déboursé, tandis qu'ils ne pouvaient point pratiquer la préemption s'ils n'avaient pas de quoi payer la valeur vénale du bien. De cette restriction on passa à d'autres. Pour simplifier, on supprima le préliminaire de l'offre aux parents: il gênait les parties, entraînait des retards, risquait de faire manquer des ventes avantageuses. On pensa qu'il n'y avait pas d'inconvénients à laisser le propriétaire libre d'aliéner ses biens-fonds, à condition de reconnaître aux parents le droit de les reprendre dans un certain délai. Les héritiers se trouvaient ainsi mis en présence d'un fait accompli. Ils ne se résolvaient guère à l'attaquer sans de sérieux motifs, par exemple parce que la vente était faite à bas prix. Consentement, offre, retrait, telles sont les phases successives par lesquelles passa, en se restreignant de plus en plus, le droit des parents.

6. — A° Le **consentement des parents** (ou de l'héritier le plus proche), fut requis tout d'abord pour la validité de l'aliénation (1). Aussi le trouve-t-on mentionné dans beaucoup d'actes, dès le huitième siècle (2): la vente a lieu, *paupertate cogente, praesente et concedente uxore, annuentibus etiam filio et filiabus, prae-*

(1) Cf. Lewis, Fipper, Tamassia, Ficker, etc., *op. cit.* Zimmerle, *Deutsch Stammgutssystem*, 1857. Bruner, *Grundz. d. d. Rechtsg.*, § 57 (bibl.). Verdelot. *Le bien de famille en Allemagne*, Thèse, 1899.

(2) Acte de 796 dans Lacomblet, *Urk. d. Niederr.*, I, n° 6; cf. n° 129 (a, 996): *quod pater ejus secundum Saxonum legem absque ejus consensu et licentia nullam potuisset facere traditionem, totam patris sui donationem perduxit in erronem* Actes où le disposant déclare qu'il n'a pas d'héritiers, où il menace les héritiers de peines spirituelles ou temporelles pour le cas où ils attaqueraient des donations à l'Eglise. Capit. 803, c. 6; 817. c. 6. *Cart. de Saint-Bertin*, p. 66, 69, 113; *de Cluny*, I. 32, etc,; *de Notre-Dame-de-Paris*, I, 288. Miraeus, *Op. dipl.*, I, 665 : une donatrice déclare que ses *heredes*, c'est-à-dire ses fils, son gendre, sa fille, leurs enfaets, approuvent la donation (*consentientibus et laudantibus*). Lamprecht, *Etat économique de la France pend. la première partie du M. A.*, tr. 1889, p. 249. *Polypt. d'Irminon*, p. 340, (éd. G.) : nullité de la donation d'une villa à l'abbaye de Corbeil, en 986, faute du consentement des parents. *Cart. de Beaulieu*, 35, 15. On fait intervenir jusqu'à des enfants à la mamelle. *Cart. de Saint-Père de Chartres*, Intr., p. CXXII. Pour obtenir ce consentement, il n'est pas rare que l'acquéreur fasse aux héritiers des cadeaux en argent ou en nature.

sentibus etiam et assentientibus amicis. Et pour peu que la parenté fût nombreuse, le procédé ne laissait pas d'être d'un emploi difficile ; cela seul suffirait pour expliquer qu'on se soit contenté de l'intervention de l'hoir le plus proche. Le principe de la nécessité du consentement des parents, déjà posé dans la loi des Saxons d'une manière implicite (1), est formulé longtemps après par le Miroir de Saxe dans les termes suivants : *sans le consentement des héritiers et en dehors de l'echte Ding, nul ne peut aliéner son héritage ni ses gens* (2). Pour n'être pas consacré par

(1) *Sax.* 61 : *Traditiones et venditiones omnes legitimae stabiles permaneant.* 62 : *Nulli liceat traditionem hereditatis suae facere, praeter ad ecclesiam vel regi, ut heredem suum exheredem faciat, nisi forte famis necessitate coactus, ut ab illo, qui hoc acceperit, sustentetur. Mancipia liceat illi dare ac vendere,* 64 : *Liber homo qui sub tutela nobilis cuiuslibet erat, qui jam in exilium missus est, si hereditatem suam necessitate coactus vendere voluerit, offerat eam primo proximo suo ; si ille eam emere noluerit, offeral tutori suo, vel ei qui tunc a rege super ipsae res constitutus est. Si nec ille voluerit, vendet eam cuicumque libuerit* (cf. notes de Richthofen, *MGG. LL*, V, 79). La loi des Saxons ne fait que formuler un usage plus ancien ; elle ne consacre pas une règle nouvelle, comme l'ont prétendu Beseler et Lewis — Les lois anglo-saxonnes interdisent au parent d'aliéner la terre héréditaire *extra cognationem suam.* Aelfr., 41. *L. Henrici I*, 70, 21 ; 88, 14. Cf. Cnut, II, 79. — Autres lois barbares, cf. *Burg.*, 1, 1 ; 24, 5 ; 84 ; 99. *Bai.*, 1, 1 ; 15 ; 16 et 17. *Rib.*, 59 ; 60. Ed. *Roth.*, 159 et suiv., 290. 173 : *Et si talis evenerit necessitas, ut terra cum mancipia aut sine mancipia vindere aut locum pigneris ponere debeat, dicat prius illi cui thingaverit : Ecce vedis, quia necessitate compulsus res istas vado dare ; si tibi vedetur, subveni mihi et res istas conserva in tuam proprietatem. Tunc si noluerit subvenire, quod alii dederit, sit illi stabilem et firmum, qui acceperit.* Cf. Fribourg en B., 1120, art. 6. Sole, 17. Labourt, 5.

(2) *Sachsensp.*, I, 52, 1 (Ci-dessus, p. 294, t. II). Il n'y a pas de motif rationnel pour limiter, avec Fipper, le droit de consentir à une certaine classe d'héritiers, p. ex. à la parantèle du grand-père. Peut-être, dans le droit primitif, tous les parents mâles et majeurs devaient-ils être consultés ; mais on se contenta, ne fût-ce que pour des raisons pratiques, de faire intervenir les plus proches (acte du douzième siècle : le fils, du vivant du père, n'a pas de droit, etc.). Il n'est pas rare, d'ailleurs, que les parents éloignés donnent leur consentement *ad majorem cautelam*, sans que ce soit rigoureusement nécessaire. En dépit de l'usage de se porter fort pour le mineur, le posthume, il n'est pas certain qu'ils eussent le droit d'attaquer l'acte. Heusler, II, 57. L'intervention des parents est requise pour toute aliénation, donation, vente, échange, etc. (cep. la l. de Scanie, III, 2, permet l'échange *invitis consanguineis*). L'héritier dont le consentement n'a pas été requis a le droit de prendre l'immeuble, comme si la succession du disposant s'était ouverte (*velut jure hereditario*). *Sachsensp.*, I, 52, 1. Pour mieux dire, son droit de propriété se dégage par le fait de l'aliénation irrégulière. Il n'a donc à payer aucune indemnité à l'acquéreur (en sens contr., Ficker) ; ceci va de soi pour le cas de donation ; il en est de même pour la vente ;

toutes les lois barbares, il n'en appartient pas moins au fond de l'ancien droit germanique (1); il était tellement enraciné dans les mœurs, que ni le droit romain (2), ni les Capitulaires émis dans l'intérêt de l'Eglise (3), ne parvinrent à le faire disparaître (4). En cas d'aliénation irrégulière, l'hoir le plus proche propriétaire en sous-ordre, se substituait au propriétaire actuel qui avait abandonné ses droits et reprenait le bien entre les mains de l'acquéreur sans lui payer d'indemnité (5).

7. — **Offre au proisme.** — Des dérogations furent apportées de bonne heure à la règle primitive ; l'aliénation fut autorisée, malgré les parents, dans des cas exceptionnels, par exemple en faveur de l'Eglise et du roi (L. des Saxons), ou encore en cas de nécessité (6), afin de se procurer des aliments en temps de

c'est la sanction naturelle des drescriptions exigeant l'intervention des parents (ou l'offre au plus proche). — Les effets de ce régime étaient parfois déplorables; ainsi à Nambourg, où il se prolongea jusqu'en 1307, les propriétaires devenus incapables de cultiver leurs terres et ne pouvant les vendre faute du consentement des parents, se trouvaient dans la nécessité de les laisser en friche. Zimmerle, p. 234.

(1) Arg. tiré du droit comparé, de la constitution de la famille, des traces de cette vieille idée, même dans les législations qui ne l'acceptent plus (par ex. *Burg., loc. cit.* : s'il y a partage des biens de famille entre le père et ses enfants, chacun est libre de disposer de sa part; au cas où ils vivent dans l'indivision, le droit de disposer n'existe pas). Cf. *L. Sal.*, t. 46.

(2) Ci-contre, p. 379, note 2, t. II.

(3) *Capit.*, I, p. 113, 151, 182, 379 (dispositions *pro salute animae vel propinquo vel cuilibet;* l'héritier ne peut attaquer une tradition *legitime facta*). *Cart. de Saint-Père de Chartres*, I, 40 et 88. *Capit.*, V, 235.

(4) Les mœurs furent plus fortes que la loi; au dixième siècle au moins, le consentement des héritiers est nécessaire en Saxe, même pour les donations aux églises, le fils de Witikind ne dispose qu'avec le consentement de son propre fils Flodoard, *Hist. de Reims*, t. I, p. 280 (éd. Leg.) : a. 670. Beauchet, *NRH*, 1901, 14. — Si l'on veut se faire une idée de la gêne résultant de cette règle, que l'on songe qu'on rencontre parfois jusqu'à huit actes de confirmation accompagnant un seul acte de vente et émanant des parents ou du seigneur.

(5) Heusler, II, 59. On explique plus souvent le droit de l'héritier par l'idée d'une ouverture anticipée de la succession; mais ces deux idées se confondent presque dans l'ancien droit.

(6) *Legitima necessitas, echte Noth*, entendue d'abord d'une façon très stricte, puis avec moins de rigueur (Henri IV vend la terre d'Oisy pour payer ses dettes). — *Famine. Sax*, 62. *Roth.*, 173. Ragueau, v° *Pauvreté jurée* (charte de la Bassée, onzième siècle : *quod nullus nisi paupertate vendere potuerit*). Desmares, 283. Béarn., 1552, contr. 6. Artois, *AC*, t. 23 (ci-dessus, p. 318, t. II) : l'aliénation est permise dans trois cas : consentement de l'héritier, pauvreté, remploi. Bout., 2, 7. *M. de Souabe*, c. 375. Grimm., p. 461. Demelic, *Dr. cout des Slav. mérid.*, I, 34. Fueros esp., par exemple

disette, afin d'éviter l'esclavage pour dettes ou de se racheter de captivité. La **pauvreté jurée** est la cause et l'excuse la plus ordinaire de l'aliénation ; au treizième siècle, le Livre de Jostice, p. 169, dit encore : *Home puet vendre son héritage por son besoing, non por son preu* (profit). En pareil cas, il doit commencer par offrir le fonds à son plus proche héritier, au *proisme*, ou même à ses parents en général, aux *amis* charnels ; ce n'est que sur leur refus de prendre l'acquisition pour leur compte, qu'il lui est permis de vendre à des étrangers (1). Les parents jouissent ainsi d'un droit de préférence sur les étrangers (*préemption, prélation in re non vendita*) (2). A défaut d'offre, il leur est loisible de reprendre le bien à l'étranger acquéreur, sans lui payer d'indemnité, sans lui restituer le prix de vente (3). Il vint un moment où la condition de la nécessité ne fut plus requise : on la sous-entendit (4) et l'offre au proisme eut lieu, même en son

Najera, a. 1076. Amalfi, c. 11. Ferrette, 5. 23. — Preuve quelquefois par le serment du disposant, *pauvreté jurée* : intervention de la justice, F. de Bearn, *loc. cit.* Guyot, v° *Nécessité jurée*. — Cf. Barège, 4, 5. Ricaume, *Thèse*, 1897.

(1) *L. Sax.*, 62. *Roth.*, 173. *Stat. fam. S. Petri Worm.*, a. 1024, 2 et 6 (Ci-dessus, p. 208, t. II, n. 5). Martenne, *Ampliss. Coll.*, I, 381 (vers 1020, Arras). *Petrus*, I, 19. *L. Feud.*, 2, 3. Jobbé Duval, p. 83. 87, 90 (Danemarck, Suède, etc.). Ecosse, *Leges burg.*, 45. Stat. de Gothland, 31, 1. *Cart. de Saint-Berlin*, p. 158 (vente entre parents). Des Marez, *Et. s. la propr. fonc. dans les villes du M. A.*, 1898, p. 247. Cf. notifications individuelles dans les Appropriances bretonnes. Beaum., 44, 27, 28, condamne un système introduit par la pratique et consistant à offrir le bien aux parents afin qu'ils se prononcent avant l'an et jour du retrait. Ce système, rejeté en Beauvaisis, était très commun en Flandre, Artois et Picardie. Bouthors, *Cout. d'Amiens*, 1853. Roisin, p. 64. Beauchet, p. 22.

(2) Procédés divers pour fixer le prix à payer par les parents lorsque leur droit se présente sous forme de préemption, quand il n'y a pas eu vente préalable à un tiers (estimation par experts, taux légal). Beauchet, *NRH*, 1901, 26.

(3) Ficker l'a contesté ; mais ceci nous paraît résulter implicitement des dispositions sur l'intervention des parents et l'offre au proisme. Ci-contre, p. 381, t. II. Le texte suédois cité par Amira, *Nordg. Obl.*, I, 578, nous semble très catégorique en notre sens. Il montre aussi que la pensée de punir l'aliénateur qui ne se conforme pas à l'usage en faisant d'abord l'offre aux parents n'est pas restée étrangère au législateur. Le droit anglo saxon interdit d'aliéner à d'autres qu'aux parents ; ceci implique que l'aliénation consentie à des étrangers est nulle. On pourrait songer, il est vrai, à faire rentrer le bien dans le patrimoine du vendeur ; mais, si cette solution n'est pas sans exemple, elle était trop peu pratique pour être adoptée d'une manière générale. *Cart. de Saint-Père de Chartres*, p. 126. Ponthieu, 19. Tailliar, *Rec. d'actes*, p. 341.

(4) Charte d'Amiens, 1190, art. 25 : *Si quis terram aut aliquam heredi-*

absence. Bien mieux, quand on avait négligé de faire l'offre, la Coutume n'autorisa plus les parents à reprendre le bien qu'à charge d'indemniser l'acquéreur (prélation *in re vendita*) (1).

8. — **Retrait.** — Dans une dernière phase, l'offre au proisme est tombée en désuétude. L'aliénation est entièrement libre. Aux parents qu'on ne consulte plus, on réserve le retrait ou faculté de reprendre le fonds pendant l'an et jour en rendant l'acquéreur indemne (2). Sous cette dernière forme, la plus récente et de beaucoup la plus répandue dans la législation coutumière de toute l'Europe occidentale, le droit de la famille subsiste, très atténué, comme une sorte de pendant à la réserve héréditaire (3). Il sert d'abord à reconstituer le domaine de la maison, à assurer sa transmission intégrale aux représentants légaux de la famille. L'intérêt héréditaire ou, pour ainsi parler, l'intérêt dynastique y est surtout en jeu. Avec le temps, une pensée politique se mêle à ces fondements traditionnels fort ébranlés. Le retrait, *ce mystère de l'ancien droit*, comme l'appelle un peu pompeusement Montesquieu, apparaît comme un des moyens employés par l'Etat pour ralentir la décadence des vieilles familles ; c'est une arme contre la maladresse d'un chef médiocre ou contre la mauvaise fortune qui l'amène à vendre à vil prix le patrimoine familial ; à prix égal, autant vaut réserver à un parent le bénéfice de l'opération. Cette idée n'a pas été sans influence sur la durée persistante du retrait à travers tout l'ancien droit, mais elle n'a pas empêché que la pratique ne

talem ab aliquo emerit et illa antequam emta sit, propinquiori heredi oblata fuerit, eam emere noluerit, numquam amplius de ea illa heredi in causa respondebit. Cf. La Thaumassière, *AC. Berry*, p. 610 (a. 1171). Marnier, *AC. Picardie*, p. 148.

(1) Transition au système du retrait. Cout. de Mons, Bourdot de Richr., II, 182 : offre au proxime ; à défaut, retrait dans an et jour. Cf. Bayonne, t. 5. Ferrette (Alsace), 1592, c. 23. Beauchet, *NRH*, 1901, 29.

(2) Beauvais, 1182 (*Ord.*, VII, 624) et autres Chartes municipales du nord de la France, douzième siècle. *TAC. Norm.*, 90. *Olim*, I, 444 (a. 1257), etc. — Espagne, *Fuero Real*, 3. 10; *Siete Part.*, 5, 5, 55 (et notes). — Italie : **X**, 1, 41, 8 (décr. de Grégoire IX). Lattes, *Dir. consuet. lomb.*, p. 269. Milan, 1216, t. 8 (*de re paterna luenda*); cf. Statuts de 1396 (chose contiguë). Voy. en partic. les Coutumes siciliennes dans Brünneck, voy. la Mantia, Sic. Villanueva (*Docum. p. s. stor. d. Sicilia*, 2, V).

(3) Ficker ne croit pas que ces deux institutions soient des pièces d'un même système, p. 182-196, mais cf. ci-après, Réserve ; ci-dessus, p. 209, t. II. — *Ass. de Jérus., C. des Bourg.*, 30 (II, 35, éd. B.). *Gr. C.*, p. 338 (Champagne) : Je te prie, tiens-moi pour hoir de ce que tu as acheté d'un tel, mon cousin.

l'ait battu en brèche de bonne heure à l'aide de cautèles diverses ; le Grand Coutumier de France le constate déjà ; Beaumanoir se plaint des fraudes et des barats par lesquels on cherche à entraver l'application (1). La jurisprudence s'efforça de restreindre ce *droit haineux*, contraire à la législation romaine (2), et l'on s'achemina ainsi vers le droit révolutionnaire qui l'abolit (3). — Les choses ne se sont pas toujours passées sans doute comme dans l'exposé schématique que nous venons de présenter ; tantôt l'évolution a été fort lente, tantôt très rapide, et des degrés ont été franchis par certaines Coutumes (4) ; mais les idées générales que nous venons de présenter nous semblent seules rendre raison des traits principaux de l'ancien droit en ce qui concerne la faculté d'aliéner entre vifs (5) et

(1) Beaum., 44, 1 et suiv., *Gr. C.*, p. 346. *Olim*, I, 496.

(2) Henri III, par un Edit de nov. 1581, tenta vainement d'en faire la loi générale du royaume; son édit ne fut pas appliqué. Code Henri, 6, 16. Guyot, *h. v°*. En pays de droit écrit, le retrait n'existe qu'exceptionnellement, en vertu des Coutumes locales. Il est néanmoins assez répandu. Bord., 85 et suiv., 128. Agen, 38. Bergerac, 39. Acs, 10. Saint-Sever, 5, etc. Serres, *Inst.*, 3, 24, 2 : Quercy et Rouergue. Despeisses, *Œuvres*, I, 74. Henrys, I, 2, 19; II, 19 et 3, 4 (non pratiqué dans le Lyonnais, Beaujolais, Forez). Cambolas, 3, 35 : acquêts. Cf. Statut de Provence de 1472 (1 mois. B. de R., II, 1212). Mont-de-Marsan, 7. Voir Montesquieu, *Esprit des Lois*, 5, 8 et 9 (perpétuer la grandeur des familles, c'est l'intérêt du régime monarchique). Lamoignon, *Arr.*, *h. t.*, 4.

(3) Y eut-il une recrudescence de cette institution au seizième siècle, sous l'influence de l'esprit nobiliaire ? On l'admet d'ordinaire (cf. Edit. 1581), sans que cela nous semble bien établi.

(4) Ainsi le retrait manque au droit commun anglais, qui admet la liberté d'aliéner entre vif comme la liberté de tester. Pollock et M., I, 632; II, 252-328. Jobbé-Duval, p. 101. A Gand, il est aboli dès 1191. Cambrai, 2, 13. Tournay, 25, 5. Arras, 69. Des Marez, *op. cit.*, p. 247. — Dans le droit burgonde, si le père partage ses biens avec ses fils, il est libre de disposer de sa part; le droit des parents n'existe qu'autant qu'ils vivent dans l'indivision. Pappenheim, *Launegild*, p. 60. Mais au moyen âge, on reconnut, même au profit des parents éloignés qui ne vivaient plus dans l'indivision, le droit de retrait. Cf. Ci-après, Succession. Huber, *Hist. Grundl. ehel. Güt.*, 1884, p. 19. Sur le droit suédois, cf. Jobbé-Duval, p. 87. Opp. entre la L. Sax, et le droit du sud de l'Allem. Verdelot, *op. cit.*

(5) Les autres explications proposées pour rendre compte des restrictions au droit d'aliéner entre vifs se ramènent à celle que nous donnons (p. ex. Gerber, *Meditationes ad Spec. Saxon*, p. 10, insiste sur la nécessité de conserver à la famille les droits politiques attachés à la possession de la terre). Ou bien elles partent du principe de la liberté de disposer : une réaction contre ce droit serait produite dans les mœurs d'abord, puis dans les lois (attachement pour les biens héréditaires, affection pour les parents, désir de leur laisser des aliments, cf. à Rome, *querela inoff. test.*) ; mais aucune

en même temps des variantes locales qui s'y rencontrent (1).

de ces idées ne rend compte du retrait à propos d'une vente, c'est-à-dire d'un acte qui peut être avantageux à la famille. On pourrait aussi soutenir que les restrictions à la liberté de disposer datent d'une époque où la famille se désagrégeait et qu'elles ont été établies précisément dans le but d'enrayer ce mouvement ; cette opinion serait plausible si elles étaient récentes et si les textes qui les mentionnent les présentaient comme des innovations législatives. Cf. Zimmerle, Fipper, *op. cit.* Selon Ficker, p. 292, le consentement des héritiers n'aurait rien de commun avec le retrait ; en intervenant à l'acte, les héritiers se seraient interdits d'en contester l'existence ou l'irrégularité. Mais s'il en avait été ainsi, leur intervention n'aurait pas eu l'importance qu'elle présente.

(1) J. Ficker, *Untersuch. zur Erbenfolge der ostgerman. Rechte*, t. V, 1re p., p. 244, explique le retrait en partant du principe de la liberté absolue de disposer entre vifs qui aurait existé, d'après lui, dans l'ancien droit germanique. On aurait remarqué qu'un fonds peut avoir plus de valeur pour des voisins, des riverains, que pour des propriétaires éloignés, qu'il y a souvent avantage à unir dans l'intérêt de la bonne culture des parcelles contiguës, que le choix d'un voisin n'est pas indifférent ; on donna satisfaction à ces besoins d'ordre économique et social en accordant au voisin la faculté du retrait ; le droit pour le propriétaire de disposer librement de sa terre n'était pas atteint par là, car il lui était toujours facile d'en obtenir le prix vénal, et peu lui importait que ce prix lui fût payé par le retrayant ou par l'acquéreur. Le retrait fut concédé de préférence aux proches parents. Du moment où il s'agissait d'une faveur, il était tout naturel qu'elle allât à ceux que leurs relations appelaient à se rendre de continuels services. En outre, la reconstitution du domaine familial présente d'une façon toute particulière ces avantages que l'on poursuit par le retrait. Ainsi s'expliquerait la prédominance, dans l'ancien droit, du retrait lignager. On comprend, dans ce système, que le retrait ne s'applique point aux acquêts, mais seulement aux propres (bien avitins, *abolengo*, *Aehnigut*), ni aux actes comme la donation (c'eût été les interdire) ; on comprend aussi qu'il comportât la restitution du prix de vente, quel qu'il fût. La théorie du retrait lignager ne se rattacherait dès lors ni à l'institution de la réserve héréditaire, ni à la nécessité de l'intervention des parents à l'aliénation des biens de famille. — En dehors des critiques de détail auxquelles cette ingénieuse explication nous semble prêter (p. ex. pourquoi interdire le retrait en cas d'échange ? pourquoi certaines coutumes admettent-elles le retrait des acquêts ? comment se fait-il que les retraits d'indivision et de voisinage ne soient pas aussi répandus que le retrait lignager, etc. ?), nous lui reprocherons d'expliquer par des causes actuelles un fait ancien ; ces causes existent toujours, et le fait a cependant disparu. L'évolution de la théorie du retrait devient difficile à suivre. Il n'est pas vrai de dire que le propriétaire d'un bien sujet à retrait obtiendra toujours le prix réel de ce bien ; au contraire, le risque du retrait l'empêchera de trouver des acquéreurs, ou ne lui fera obtenir qu'un prix moindre ; le retrait est une atteinte grave à la faculté de disposer du propriétaire. Quant à croire que l'ancien droit germanique ait admis le principe de la liberté de disposer entre vifs des biens immobiliers, c'est une idée qui se concilie mal avec la constitution de la famille et le régime de la propriété foncière ; dans les autres législations ayant des bases identiques, la liberté de disposer ne semble pas avoir été reconnue ; c'est

9. — **Conditions du retrait** (1). — A° **Biens sujets au retrait.** — Les propres (de succession) y sont seuls sujets dans la théorie définitive, car ils constituent comme un dépôt que chaque génération doit rendre intact à celle qui lui succède (2) : il n'en est pas de même des acquêts, fruit du travail individuel, dont on laisse à chacun, dès qu'on le peut, la libre disposition, afin de stimuler l'esprit d'entreprise et d'épargne (3); ni les acquêts (4) ni les meubles (5) *ne chéent en retrait*. Quelques immeubles y échappent aussi, à raison de leur caractère particu-

un droit qui date de l'époque où la famille se désagrège et où la propriété s'individualise.

(1) Sur l'ensemble de la théorie du retrait lignager, cf. *Petrus*, 1, 19. P. de Font., p. 169. *Et. de saint Louis*, *h. v°*, Table (éd. Viollet). *Jostice*, p. 128. Beaum., c. 44 (*rescousses d'éritages*). *Olim*, Table, v° *Retractus per bursam. Cout. not.*, 144. *Const. du Chât.*, 46, 86. *Gr. C. de Fr.*, 2, 34. Bout., I, 70 (cas de proximité). Masuer, t. 27. *AC. Bourg.*, 73. *Ass. de Jérus.*, *C. d. B.*, t. II, p. 260 (éd. B.); I, 288. *Summa norm.*, 29, 2; 100. 7, 8 (cf. arr. de l'Echiquier). *TAC Bret.*, éd. Planiol, Table, *h. v°*. Beautemps-Beaupré, *Cout. d'Anjou*, *id.*; *L. des droiz*, *id.* Varin, *Arch. Reims*, I, 706. For de Morlaas, r. 31; de Béarn, 1552, r. *de contractes et tornius*. Coutumes du seizième siècle, cf. *Conférence de Guénois*, v° *Retrait*. Ragueau, *h. v°*. L'Hommeau, p. 584. Lamoignon, *Arr.*, t. XL. Laur., s. Paris, p. 172. Ferrière, s. Paris, t. du retrait. Sur les autres pays, cf. Ficker, p. 264 et suiv. Ci-après, Giraud, II, 279.

(2) Parfois même on ne soumet au retrait que les immeubles qui sont dans la famille depuis trois générations; ce sont les biens avitins *stricto sensu*, papoaux, la *eredad de abolengo* (F. real), les vrais *Stammgüter* ou biens de souche. Par exemple F. de Béarn, 1552, r. *de contr.*, 5. C. de Barèges, 1768, 3, 4. Ficker, p. 260 et suiv. (détails), *L. Rib.* 56 : *hereditas aviatica*.

(3) Ci-dessus, p. 207, t. II. Dans le très ancien droit, propres et acquêts sont soumis au même régime. Verdelot, Thèse, 1899. Au onzième siècle, la distinction est faite catégoriquement dans les actes. *Cart. de Saint-Père de Chartres*, p. 494 : *Quod pater propria pecunia emerat liceat ei, etiam nolentibus filiis, cuilibet dare posse*. L'évolution de la distinction ne s'est pas faite sans difficulté et sans hésitation. Ci-contre, Biens paternels et avitins. Du temps de Beaumanoir, 44, 2, on discute pour savoir si l'acquêt du père est le propre de l'enfant; Laur., s. Paris, 133, soutient encore que le propre *acheté* par un lignager ne devient pas un acquêt. Beaum., 44, 1. *AC. Picardie*, p. 148, éd. Marnier. Beauchet, p. 609.

(4) Beaum., 44, 2. Loysel, 429. En sens contr., quelques Coutumes, comme Norm., 451 (*Gr. C. Norm.*, 116); *Olim*, II, 843, 293; Lille, 7, 9, que Dumoulin qualifie d'odieuses et d'iniques (s. Maine, 376), mais qui se trouvent simplement avoir conservé un peu tard le point de vue du très ancien droit. Dans le Midi, l'idée de perpétuer la grandeur des familles fit étendre le retrait aux acquêts : tantôt les deux lignes concouraient, tantôt on préférait les parents paternels.

(5) Ci-dessus, p. 144, t. II. Paris, *NC*, 144. Exceptions : Loysel, 444, 219. *Ord. s. Marine*, 10, 1. *Labourt*, 6, 1, 2.

lier : les offices, les rentes constituées, les dîmes inféodées, l'usufruit (1).

10. — B° **Actes donnant lieu au retrait.** — Pour que le retrait fût possible, il fallait qu'il y eût *transfert de propriété* et *bourse déliée*. Les cessions à titre onéreux étaient donc les seuls actes qui pussent y donner lieu. S'il n'y a pas aliénation complète, mais par exemple une simple constitution de servitude, le bien ne sort pas de la famille (2). S'il n'y a pas bourse déliée, c'est-à-dire si l'aliénation est à titre gratuit, le retrait n'est point admis ; les intérêts des parents sont sauvegardés par d'autres procédés (3). A la vente (volontaire ou forcée)(4), aux actes équipollents, tels que la dation en payement, les baux à long terme, on n'assimilait pas l'échange (5), l'ameublissement ou la mise en société (6), nouvelle preuve de l'affaiblissement du droit familial.

11. — C° **A qui appartient le retrait ?** — Ce n'est pas à tous les parents du vendeur, mais seulement à ceux qui sont de la ligne d'où vient le propre (7), au *lignage* paternel, s'il s'agit d'un propre paternel ; au *lignage* maternel, s'il s'agit d'un propre maternel : *paterna paternis, materna maternis*. En donnant à un

(1) Sur les droits immobiliers, cf. *Olim*, I, 897; 233, 19. *Gr. C.*, p. 328, 347. *Cout. not.*, 89. Desmares, 284. *Actes du Parl.*, n°s 1267, 1443. J. Faber, *Inst.*, 2, 13, 8. Paris, *NC*, 129, 147. Orl., 191, 399. Pothier, n° 39. Loysel, 434, 444.

(2) Sur l'accensement, cf. Desmares, 197. Orléans, *AC*, 304. Norm., 465, 478. Giard, *Th.*, p. 182. Sur l'engagement, ci-après. Beauchet, *NRH*, 1901, 12.

(3) *Olim*, II, 173 (a. 1281). Beaum., 12, 38. Pothier, n° 104. Cf. Heusler, II, 64. Ci-dessus, p. 209, t. II. Beauchet, *l. c.*

(4) L'ancien droit exigeait qu'il y eût vente et transport de propriété; alors seulement l'héritage sortait de la famille. Au seizième siècle, beaucoup soutiennent que le retrait est possible par cela seul qu'il y a marché conclu. Ci-contre, Point de départ du délai d'an et jour, Transfert de propriété. Guyot, *h. v°*, s. 6. — Loysel, 453. *TAC. Bourg*, 73. Masuer, t. 30. *L. d. droiz*, 577. — Orl., 400. Bretonnier, *Quest.*, v° *Retrait lignager*.

(5) La famille ne souffre pas de cette opération, puisque, si un immeuble est aliéné, un bien de même nature et de même valeur prend sa place et lui est subrogé. *Et. de saint Louis*, I, 53. *Actes du Parl.*, I, n° 645. Desm., 145. 197, 298. *Gr. C.*, p 341, 346. *L. d. droiz*, 124, 572. Loysel, 225, 445, 447. Le retrait est permis en cas de fraudes au détriment des lignagers (Beaum., 54, 1. Loysel, *loc. cit.*), ou si l'échange a lieu avec soulte, sauf à distinguer parfois d'après l'importance de la soulte. Beaum., 44, 4. *Gr. C.*, p. 337. Paris, 145. Beauchet, *NRH*, 1901, 16.

(6) Loysel, 446, 448. *TAC. Bret.*, 221 : pas de retrait en féage. *Secùs*, Hainaut (donations, Société, etc.).

(7) Loysel, 428. Galland, *Fr. alleu*, p. 21.

parent maternel le droit de retirer un propre paternel, on ne conserverait plus ce bien dans la famille, on le ferait passer à des étrangers (1). Le retrait n'est, en un certain sens, que l'exercice par anticipation du droit de succession ; aussi le lignager ne peut-il s'en prévaloir que s'il est apte à succéder (2). Il se modèle à tel point sur le droit de succession que, pour déterminer quels sont les lignagers qui ont droit au retrait, les Coutumes se divisent en plusieurs groupes, comme quand il s'agit de la succession aux propres ; on distingue les *Coutumes souchères*, *de côté et ligne*, *de simple côté* (3) ; cependant la concordance n'est pas absolue ; telle Coutume est souchère en matière de succession et non en matière de retrait, etc. (4). Autre analogie : les lignagers du degré le plus éloigné ont droit au retrait aussi bien qu'à la succession ; fussent-ils au vingtième degré, dit Dumoulin, ils ne seraient pas exclus du retrait (5).

(1) Le retrait lignager n'est pas cessible (sauf à un lignager), tandis que le seigneur peut céder le retrait féodal. Tours, 281. Bourb., 457. Marche, 280. Auv., 21, 20.

(2) Loysel, 439, 440. Paris, *NC*, 148. Bâtards, aubains, morts civils n'ont pas droit au retrait. Mais il en est autrement de l'exhérédé, de l'héritier renonçant, de l'ascendant auquel on peut opposer la règle *Propres ne remontent*. L'exhérédation et la renonciation ont dû se présenter d'abord sous les formes archaïques de l'exclusion de la famille, et alors elles emportaient perte du droit au retrait ; elles ont été moins efficaces sous leurs formes modernes, d'autant plus qu'elles n'étaient pas irrévocables. Pour les ascendants, cf. ci-après, Successions. Le fils peut retraire, du vivant du père, l'héritage vendu par celui-ci. Loysel, 441. Sur la représentation, cf. Troyes, 145. Norm., 475.

(3) Cf. Guyot, *h. v°*. — *Coutumes souchères* : Niv., 26, 13. Orl., 363, etc. — *Cout. de côté et ligne* (c'est le droit commun ainsi qu'en matière de succession) ; Paris, 129. Loysel, 439. *Olim*, III, 276. *Gr. C.*, p. 346. — *Cout. de simple côté* : Sedan, 246. Cf. Reims, 191. Lille, 7, 5. Les parents du vendeur du *côté* d'où procède l'héritage (p. ex. du côté paternel) peuvent exercer le retrait, quoiqu'ils n'appartiennent point à la *ligne* de celui qui en a le premier fait l'acquisition (p. ex. ce ne sont pas des parents de l'aïeul paternel acquéreur du bien, mais ils se rattachent à l'aïeule paternelle). Ces coutumes ne sont plus dans la logique du système ; à plus forte raison en est-il ainsi des *Cout. de simple parenté* (Bourg., 10, 4. Fr. Comté, 13, 1), d'après lesquelles les parents maternels peuvent retirer les propres paternels et réciproquement ; cette solution ne se comprend que dans les Coutumes qui permettent le retrait des acquêts. — Sur les *Cout. de tronc commun*, Besançon, par exemple, cf. Dunod, c. 4.

(4) Ex. dans Guyot, *loc. cit.*

(5) Coutumes divergentes : le retrait n'appartient aux lignagers que jusqu'au septième degré, Beaum., 44, 7 (d'après les règles canoniques, en matière d'empêchements au mariage) ; au sixième ou au neuvième d'après les

Mais les ressemblances s'atténuent en cas de concours entre plusieurs lignagers : *a) s'ils sont du même degré*, le plus diligent l'emporte ; à moins qu'ils n'agissent en commun, et dans ce cas chacun d'eux retire le bien pour sa part (1) ; *b) s'ils sont de degré différent*, la règle de l'ancien droit est que le plus proche l'emporte (2) ; dans le droit plus récent, c'est le plus diligent (3). Cette dernière solution est un indice de la décadence de l'institution ; l'intérêt de la famille, le seul pris en considération autrefois, était d'assurer le bien au plus proche parent, puisque celui-ci la représentait en matière de retrait comme en matière de succession ; en permettant à un parent éloigné de s'en emparer, au détriment du plus proche, on montrait qu'on songeait moins à reconstituer l'unité du domaine familial qu'à favoriser dans un intérêt politique la grandeur d'une branche quelconque de la maison. Le retrait était ainsi détourné de son but originaire.

12. — D° **Contre qui est donné le retrait ?** — Du moment où il est destiné à empêcher que le propre ne sorte de la famille, le retrait doit pouvoir s'exercer contre tout étranger à la famille (4) (c'est-à-dire au lignage d'où vient le propre). Il est dirigé contre quiconque n'y aurait pas droit lui-même (5). Mais, comme nous l'avons observé, certaines Coutumes l'accordaient aussi au parent le plus proche contre le plus éloigné, quoique celui-ci ne

Coutumes de Nivernais et de Normandie. — A défaut de parents dans une ligne, il n'y aurait pas dévolution à l'autre. Pothier, n° 138.

(1) *Et. de saint Louis*, I, 156. *TAC. Bourg.*, 73. *Gr. C.*, p. 339. *Norm.*, 476. Beaum., 44, 25. — Indivisibilité du retrait dans l'intérêt de l'acquéreur. Loysel, 456. Guyot, *h. v°*, s. 5.

(2) Loysel, 430 (bibl.). *L. Feud.*, 4, 14. *Et. de saint Louis*, I, 161. *Olim*, III, 302, 44. Beaum., 44, 10. *L. d. droiz*, 80, 125. Norm., 475. *TAC. Brel.*, 46. Troyes, 145, etc. Jobbé-Duval, p. 120, 150. Id. Cout. pyrénéennes et Cout. du nord de la France.

(3) Loysel, 431. Paris, *AC*, 178; *NC*, 141. C'est sa simplicité qui a fait le succès de ce système; on n'en a pas moins essayé de lui donner une base juridique, en disant que le droit de préférence est accordé à la famille *in globo*; le premier qui se présente se l'approprie *jure quodam occupationis* (prévention). — Cf. ci-dessus, autres retraits. En droit allemand, on admet quelquefois que si plusieurs habitants d'un village veulent exercer le retrait, on préfère celui dont le fonds est plus proche; la distance est mesurée avec une perche.

(4) Le retrait lignager s'exerce même contre le seigneur de qui le bien relève, même contre le roi. Loysel, 425, 432. *Stil. Parl.*, 7, 80. Pothier, n° 194. — Contre l'Eglise. Loysel, 433 et suiv. *Olim*, I, 689, 28 (a. 1267).

(5) Loysel, 450 : *mariage conserve lignage*.

fut pas sans droit au retrait (1) ; dans le système qui prévaut, *lignager sur lignager n'a droit de retenue* (2), solution plus pratique, mais insuffisamment justifiée, au point de vue du très ancien droit, par l'idée que le bien ne sort pas de la famille, quand un lignager l'acquiert.

13. — E° Le **retrait de mi-denier** permet au conjoint lignager de retirer contre la communauté le propre de sa ligne acheté durant le mariage, à condition de payer le *mi-denier*, c'est-à-dire la moitié du prix qu'il a coûté ; l'an et jour accordé pour exercer ce droit ne courent qu'à partir de la dissolution de la communauté (3) ; c'est donc un retrait lignager différé jusqu'à la dissolution de la communauté.

14. — **Procédure** (4). — A° *Délai*. On ne peut agir en retrait que dans l'*an et jour* (5) à dater de la saisine baillée à l'acheteur (6) ; au bout de ce temps, le bien sort de la famille, car l'acquéreur jouit du bénéfice de la prescription germanique à l'encontre de la famille du vendeur, comme, en général, à l'en-

(1) Beaum, 44, 25. *TAC. Bret.*, 46. Tour., 163, etc.

(2) Loysel, 430. *Gr. C.*, p. 328. Marche, 271.

(3) Beaum., 44, 48, 49. *Anc. Us. d'Anjou*, éd. Marnier, § 28. Paris, 155-157. Jobbé-Duval, p. 143. — Sur les variétés du mi-denier, cf. Guyot, *h. v°*. — Le retrait d'indivision du C. civ., 1408, s'applique aux acquêts comme aux propres. Ci-dessus.

(4) Cf. détails sur les Coutumes du Nord dans Giard, Thèse, p. 257.

(5) Ci-contre, Prescription. Beaum., 44, 9. *Jost.*, p. 128 (preuve). Desmares, 207. *G. C.*, p. 329. Paris, 130.

(6) Desm., 207. *Cout. not.*, 145. Loysel, 462. Paris, 129, 132. Foi et hommage pour les fiefs, saisine pour les censives, publication en jugement et insinuation du contrat au plus prochain siège royal pour les alleux. Le point de départ du délai accordé pour le retrait se trouve ainsi entouré d'une suffisante publicité pour que les lignagers soient prévenus et puissent agir. En Normandie, 452 et suiv., lecture et publication de la vente ; ci-dessus, p. 329, t. II. Cf. Beaum., 44, 28, et les Coutumes flamandes citées dans Guyot, *h. v°*, s. 6, § 2. Dans la décadence des formalités féodales, il s'introduisit des variantes dans les Coutumes : a) Le point de départ est la prise de possession réelle par l'acheteur. Dunois, 79. Chartres, 67. Marche, 263. Publicité imparfaite, mais qui peut suffire, pourtant, à la rigueur. *b*) C'est la date même du contrat de vente. Sens, 32. Auxerre, 154. Orl., 363. Système d'accord avec le transfert clandestin de la propriété (ci-contre), mais qui risque de priver souvent les lignagers de leur droit, parce qu'ils ignorent l'aliénation. L'Edit de 1704 remédia au mal en décidant que le délai ne pourrait courir avant l'insinuation du contrat, comme c'était l'usage dans certaines Coutumes. F. de Béarn, r. *de contractes*, art. 8 et 18. Poitou, 329. La Roch., 33. Ci-dessus, Alleux. — Prescription de trente ans, si le délai d'an et jour n'avait pas couru, p. ex. faute d'insinuation. Pothier, n° 484.

contre de toute personne (1). La durée du retrait seigneurial est encore plus brève; on ne peut l'exercer que pendant le vieux délai franc de quarante jours (après l'exhibition du contrat) ; pour la *protimésis* byzantine on n'avait que trente jours (2). Selon le *Grand Coutumier*, il suffisait que l'ajournement eût été signifié dans l'an et jour: mais Beaumanoir, plus rigoureux, exigeait que le délai accordé à l'acheteur pour se présenter en justice, fût compris dans l'an et jour, et la Coutume de Paris est en ce sens (3). Le délai d'an et jour ne courait tout d'abord contre les absents ou contre les mineurs qu'à dater de leur retour ou de leur majorité : dans le droit nouveau, la défaveur du retrait le leur rend opposable (4). — B° *Action en justice*. Le retrait est une véritable revendication de la part du lignager ; la vente d'un bien de famille à un étranger dégage le droit qui n'existait jusque-là qu'à l'état latent. S'il en est ainsi, on ne voit pas pourquoi l'acquéreur n'accepterait pas le retrait à l'amiable; mais la crainte des fraudes amena sans doute la jurisprudence à exiger l'intervention de la justice ; le retrait volontaire fut envisagé comme une vente faite par l'acheteur au lignager (5). Le tribunal compétent en matière de retrait se trouva être celui de la situation de l'immeuble, puisque l'action était réelle ; mais dans le dernier état du droit, on y voit plutôt une action mixte, réelle contre le tiers détenteur, personnelle

(1) Au dix-huitième siècle, on a perdu le souvenir de l'ancienne tenure d'an et jour, et on cherche à expliquer ce délai (exceptionnel dans le système général des prescriptions) par des considérations rationnelles; on l'a choisi très court afin de restreindre l'exercice d'une faculté qui est anormale. C'est sans doute, en effet, pour ce motif que le délai d'an et jour s'est *maintenu* dans cette application particulière.

(2) Loysel, 427, 463. Paris, 40. Auv., 23, 2 : trois mois, etc. *Ass. de Jérus.*, *C. des B.*, c. 33 (II, 260) : sept jours. Provence, Edit 1472 (30 jours). Normandie, biens tenus en bourgage : *Summa*, 125 (1 jour); Cout. de 1583, 454 (40 jours). Genestal, Thèse, p. 34, 80.

(3) *Gr. C.*, p. 329. Beaum., 44, 31. Paris, 130.

(4) *Absents. Et. de saint Louis*, II, 303. *Jost.*, 8, 9. Beaum., 16, 5. *L. d. droiz*, 588. *Croisés*, P. de Font., c. 17. *Et. de saint Louis*, I, 156. Cf. ci-dessus, p. 305, t. II, n. 1. *Mineurs* : *a*) P. de Font., c. 14. Beaum., 44, 48. *Actes du Parl.*, I, n° 2225, 756. L. Delisle, *Echiq. de Norm.*, 122, 517. Ci-dessus, p. 305, t. II. — *b*) Grimaudet, 9, 17 : intérêt public. — Délai du *remere*. Auv., 23, 13. Berry, 13, 9. *Secûs*, Ord. 366. Loysel, 464. Paris, 130.

(5) Loysel, 443. Conséquences : le bien acquis n'était pas un propre dans le patrimoine du lignager; il y avait à payer deux droits de mutation. *Secûs*, Beaum., 44, 11, 22, 39, 40.

contre l'acheteur auquel la Coutume impose l'obligation de restituer : d'où l'application de la règle *Actor sequitur forum rei* (1). Le tribunal adjuge le retrait après s'être assuré de l'existence des conditions requises (2). — C° La *rigueur de la procédure* du retrait ne fut, au début, qu'une conséquence du formalisme ; mais la pratique estima qu'il était bon de conserver ce que Ferrière appelle des *formalités superstitieuses*, dans le but d'entraver l'exercice d'une institution vue de mauvais œil. C'est ainsi qu'un seul défaut de la part du demandeur entraîne non seulement la déchéance de l'instance, mais la perte du droit au retrait (3). — D° *Indemnité due par le retrayant à l'acheteur*. Le jour même où le retrait est adjugé (4), le retrayant doit, sous peine de déchéance, payer à l'acheteur le *prix réel* par lui déboursé (5). Les *loyaux coûts* (6), les *impenses nécessaires*, de façon à l'indemniser aussi complètement que possible, dans la mesure où les fraudes ne sont pas à redouter (7). De son côté,

(1) Beaum., 44, 17 : juridiction du seigneur de qui relève l'héritage (et non du seigneur du lieu où l'acheteur est domicilié, car *la convenance dépend de l'éritage*) ; *ib.*, 44, 38 (indivisibilité). *Olim*, I, 897. — Tribunal du lieu de la situation de l'immeuble, Desm., 257. *Coul. not.*, 144. *Gr. C.*, p. 335. Loysel, 435 et suiv. *Ass. de Jérus.*, II, 260, éd. B. — Pothier, n° 265. Reims, 198. Cette solution récente était favorable à l'acquéreur, mais moins dans la logique du retrait.

(2) Giard, Thèse, p. 279 : greffes des retraits.

(3) Loysel, 437, 438. Desmares, 83. Paris, 136, 140. Ferrière, s. Paris, 141. Pothier, n° 273. Beaum., 44, 22, 33, 35, p. 5, 41. *Olim*, III, 1437, 71. — Même Déchéance si l'ajournement n'est pas rédigé d'une façon solennelle, si on n'offre pas en propres termes bourse, deniers, et à parfaire, si le sergent, en assignant, n'a pas à la main une bourse ouverte contenant d'abord la somme offerte, plus tard une seule pièce d'argent, si les offres n'ont pas été renouvelées à chaque journée de la cause.

(4) Anciennement on avait jusqu'au soleil couchant; au seizième siècle, on a vingt-quatre heures depuis l'adjudication. Loysel, 468, 471. Desm., 82 et s., 208. *Gr. C.*, p. 340. Autres délais : trois, sept, quinze jours Points de départ variables.

(5) Le prix de la première vente, s'il y a eu plusieurs ventes successives. Tiraquellus, I, 12, 1, 15 (il cite Bartole et Balde). Labbé, *R. crit.*, p. 154. Si le prix a été exagéré dans le but d'empêcher le retrait, il appartiendra au juge de le réduire. Beaum., 44, 36. *L. d. droiz*, II, 124, 571. Paris, 136. — Au seizième siècle, le retrayant rembourse à l'acheteur les lods et ventes; mais non au quatorzième, Desm., 211, cf. 267. *Gr. C.*, p. 330. Les proches parents étant fréquemment dispensés du payement de ce droit.

(6) Desm., 213. *Gr. C.*, 333. Preuve : *Et. de saint Louis*, I, 159.

(7) Desm., 113, 213 *Gr. C.*, p. 333. *Jost.*, 8. *Et. de saint Louis*, I, 154. Paris, 146. Orl., 373. Pothier, n° 331. En obligeant à restituer les impenses utiles, on faciliterait les fraudes.

l'acheteur délaisse le fonds, quand le remboursement a été effectué, en y joignant les fruits perçus depuis l'action en retrait (1), et une indemnité, s'il y a lieu, pour les détériorations; il ne doit pas ignorer, en effet, que pendant l'an et jour il n'est pas *seigneur incommutable* (2).

15. — **Effets du retrait.** — Le retrayant prend la place de l'acquéreur. Il n'y a ni résolution de la vente, car la vente est maintenant nue, ni revente consentie par l'acheteur au retrayant, car on n'est tenu de payer qu'un seul droit de mutation, et les droits établis du chef de l'acheteur (servitudes, hypothèques) ne sont pas opposables au retrayant; tout au plus celui-ci est-il tenu de respecter les actes d'administration, parce qu'ils sont indispensables (3). Le retrayant n'est pas l'ayant-cause de l'acheteur; il est censé avoir traité avec le vendeur; aussi ce dernier lui doit-il la garantie et peut-il agir contre lui en payement du prix par voie d'action directe. L'acheteur semblait dès lors disparaître tout à fait de l'opération; mais non contente de lui enlever le bénéfice d'une opération peut-être lucrative, la jurisprudence faisait de lui une sorte de caution forcée de celui qui le dépouillait; le vendeur était toujours autorisé à lui réclamer le payement du prix de vente; cette responsabilité de l'acheteur présentait surtout de l'intérêt dans les ventes à terme, par exemple, moyennant une rente viagère, parce que le payement du prix étant beaucoup retardé, le retrayant avait plus de chances de devenir solvable (4). Dans les

(1) C'est-à-dire depuis l'ajournement et offre de payement. Paris, 134, 138. Beaum., 44, 30, 41-44. L'acheteur gagne donc les fruits jusqu'à l'offre de payement qui lui est faite.

(2) Beaum., 44, 30, 34, 41. Desm., 214. Loysel, 470. *Gr. C.*, p. 334. Paris, 146.

(3) Baux valables, au cas de bonne foi, d'après les uns (Balde, Tiraqueau, Pothier); toujours nuls à l'égard du retrayant, d'après les autres (Brodeau, Duplessis).

(4) Dumoulin, s. Paris, I, 20, 8, 7 et 8. Pothier, n° 300. Cf. Paris, 137. Reims, 225, etc. Le motif donné pour justifier cette solution, à savoir que, comme tout créancier, le vendeur ne peut pas être obligé, malgré lui, de changer de débiteur, se trouve déjà dans Beaum., 44, 37 (*li venderes ne changera pas ses pleges ne ses dettes s'il ne veut*); ce jurisconsulte permet au retrayant de jouir du terme accordé à l'acheteur, à la condition de donner caution, et Dumoulin est aussi dans ce sens. Tiraqueau, 1, 18, 32, décidait, au contraire, que l'acheteur était libéré par l'effet du retrait, puisqu'il était censé n'avoir pas été partie à l'acte. Cf. Troyes, 161. Bourb., 470. Labbé, *R. crit.*, 1855, p. 145. Dans l'ancien système de l'*offre au*

ventes au comptant pour un prix fixe, l'acheteur ne courait aucun risque, puisqu'il ne se dessaisissait du fonds qu'après avoir été indemnisé.

Le bien retiré, ayant été acquis à titre onéreux, aurait dû faire partie des acquêts du retrayant ; on le classa parmi les propres, comme s'il était provenu d'une succession, afin de mieux assurer sa conservation dans les familles (1).

proisme, l'acheteur disparaissait aussi d'une manière complète; mais il ne semble pas que Tiraqueau et les partisans de ses idées se soient inspirés de ce système.

(1) Paris, 139. Orl., 382. Loysel, 454. Cf. Paris, 133 (Laur., s. cet art.), et Beaum., 44, 11. — A charge de récompense à payer par l'héritier des propres à l'héritier des acquêts, au moins dans le droit récent.

[Add. à la Bibliographie, *supra*, p. 1333, ZSS. *GA*, 1901, p. 109 (Boden, *Das altnorwegische Stammgüterrecht*).]

CHAPITRE III.

LES OBLIGATIONS (1).

§ 1. — *Notions générales.*

1. — **Nombre et importance des obligations conventionnelles dans le droit moderne.** — Anciennement, les obligations étaient rares, surtout les obligations conventionnelles. Des raisons d'ordre politique et économique s'opposaient à leur multiplication. — A° La plupart des relations sociales étaient réglées d'avance et invariablement par la Coutume; ainsi les services que rendent aujourd'hui au propriétaire de libres fermiers ou des ouvriers agricoles, il les recevait jadis de serfs, de colons ou d'esclaves. L'ordre public étant mieux assuré, le pli étant pris de respecter le droit d'autrui, la connaissance de la loi étant plus répandue ou plus facile à acquérir, on a pu laisser aujourd'hui aux particuliers une latitude dont ils n'auraient pas profité autrefois, même si elle leur avait été accordée. C'est là une des supériorités du régime d'Etat sous lequel nous vivons par rapport au régime familial du passé. Les contrats sont venus apporter d'utiles correctifs aux règles générales du droit, les accommoder à toutes les situations, les écarter au besoin pour leur en substituer de meilleures (2). — B° Avec le libre jeu des

(1) BIBLIOGRAPHIE. — Voy. ci-après, Délits, Contrats, etc. — Une bibliographie générale du sujet est à peu près impossible, parce qu'il n'est presque pas d'œuvre juridique qui ne traite des obligations. — Epoque franque, cf. Schrœder, Stobbe, Pertile, Viollet, Glasson. — Epoque féodale, cf. Romanistes et Canonistes. — Epoque monarchique. *Institutes* de Loysel et autres ouvrages élémentaires (Argou, L'Hommeau, Fleury, etc.). — Domat, *Loix civiles*, 1re p. — Pothier, *Tr. des Oblig.*, 1761, 1764, 1774. — Dictionnaires de droit et Repertoires.

(2) Cf. Sumner Maine, *L'Ancien Droit*, tr. fr. 1874, sur ce passage du régime du *status*, de l'état, au régime des conventions.

volontés individuelles, les contrats se sont multipliés au point de faire, si l'on peut dire, la trame de notre vie quotidienne. L'état économique de jadis, alors que chaque ménage produisait à peu près tout ce qui lui était nécessaire, ne contribuait pas à les rendre fréquents. De nos jours, la division du travail, la vie plus active nous contraignent à nous engager à tout propos dans les liens d'une foule d'obligations. La conception de l'obligation s'est ressentie de ce changement ; il a fallu que le droit s'assouplît et se prêtât à la satisfaction de ces nouveaux besoins.

2. — **Caractères de l'obligation dans l'ancien droit.** — Le très ancien droit ne connaît que des obligations *ex delicto* (1). Même l'obligation qui ne naît pas d'un véritable délit présente les caractères de l'obligation délictuelle ; ainsi quand elle procède d'un contrat, le débiteur qui n'accomplit point son engagement est tenu pour coupable ; on considère comme un délit l'inexécution de l'obligation (2). En pareil cas, la somme payée au créancier constitue une peine pécuniaire ; elle est plus élevée, d'ordinaire, que ne le seraient de simples dommages-intérêts. — Le contrat, à supposer qu'il soit la cause génératrice de l'obligation, ne saurait se passer de solennités ; il suppose en présence deux chefs de famille et rappelle les traités entre Etats dans lesquels encore aujourd'hui la forme a une si grande importance ; d'ailleurs, les cérémonies, le geste qui s'ajoute à la parole, qui la souligne, l'explique aux yeux, étaient en rapport avec l'état mental d'autrefois : on n'aurait pas plus compris un droit sans formes qu'une religion sans culte (3). Ces solennités avaient l'avantage d'éliminer les questions d'intention. Leur sens était arrêté, connu de tous, indiscutable. Aussi pouvait-on s'en tenir à la lettre des conventions comme on s'en tenait au fait brutal du délit, sans examiner s'il avait été commis par imprudence ou intentionnellement. La responsabilité du débiteur

(1) Ou, si l'on préfère une formule équivalente au fond : le délit donne lieu à des *voies de fait* qui, peu à peu, se sont changées en *voies de droit*. Wodon, *Forme et garantie*, p. 9, 173.

(2) Lœning, *Vertragsbruch u. s Rechtsfolgen*, 1876. W. Sickel, *Bestrafung d. Vertragsbruchs*, 1876. La *Mischna* traite du mariage, puis fait rentrer tout le reste du droit civil sous la rubrique des Dommages. Cf. Dareste, *Etudes*, p. 27, 79.

(3) Heusler, I, 65. Zallinger, *Wesen u. Urspr. d. Formalismus*, 1898. V. Cuzzi, *Le obbligazioni n. diritto milan. antico*, 1903. Ci-dessus, p. 310, t. II.

était engagée par cela seul que l'obligation n'était pas exécutée ; il était responsable aussi bien d'un cas fortuit que d'une faute (1). — Un dernier trait de l'obligation était son caractère personnel (2) : elle constituait presque une propriété du créancier sur la personne du débiteur. L'exécution sur le corps lui-même sous ses formes les plus dures, par exemple sous celle de l'esclavage pour dettes, en était une suite naturelle ; au contraire, les biens, ou tout au moins les immeubles du débiteur, échappaient au créancier, parce qu'ils appartenaient en dernière analyse plutôt à la parenté ou au seigneur. Ainsi conçue comme un rapport personnel, l'obligation constituait le plus fragile des liens : sa valeur dépendait de la santé, de la vigueur du débiteur ; venait-il à mourir, elle mourait aussi ; parfois même la mort du créancier l'annihilait. Pour donner quelque consistance à un droit si aléatoire, on le fortifia par le cautionnement et le gage ; avec plusieurs débiteurs, on avait plus de chances d'être payé, et le gage était déjà un payement.

3. — **L'obligation dans le droit moderne.** — Renversons les termes, nous aurons l'obligation du droit moderne. Qu'elle résulte d'un contrat ou d'un délit, elle a pour objet des dommages-intérêts. Le contrat d'où elle dérive se forme sans solennités, *solo consensu*, sauf exception. De personnelle qu'elle était, l'obligation est devenue patrimoniale et héréditaire (3). L'exécution s'est reportée de la personne du débiteur sur ses biens : *qui s'oblige oblige le sien*. La responsabilité du débiteur varie suivant qu'il y a dol, faute ou cas fortuit, d'après l'intérêt qu'il a

(1) Proverbes en ce sens. Chaisemartin, p. 277, 281, 223, cf. p. 261. *Wis.*, 5, 64. *Sachsensp.*, 3, 5, 4.

(2) Cf. droit romain, *sponsor*, *fidepromissor*, obl. *ex delicto*, actions *vindictam spirantes*, pas de cession de créances, on ne peut stipuler ni promettre pour après sa mort. — Il semble difficile de concilier le caractère personnel de l'obligation avec la solidarité familiale. Ces deux idées doivent correspondre à deux phases différentes de l'évolution du droit. On répugna de plus en plus à mettre en jeu la solidarité du lignage, quand la famille perdit de sa cohésion. La peine devint personnelle, et, en matière de contrats, le formalisme tendit aussi à restreindre l'obligation au débiteur seul.

(3) Il était d'usage que les parents du débiteur lui servissent de cautions. Par là même, la dette se trouvait passer aux héritiers, ou, pour mieux dire, ils en étaient déjà tenus du vivant du débiteur. On dut aussi s'engager souvent *pour soi et ses hoirs*. Cf. droit anglais. La promesse en justice de payer ou de se disculper (qui ne va pas sans cautions) est héréditaire. *Rib.*, 67, 1 (cf. *litisconlestatio* à Rome. Dig., 50, 17, 139).

dans le contrat. Le caractère impersonnel que l'obligation a pris, fait qu'elle se prête à des combinaisons inconnues autrefois, par exemple la compensation, la cession, la subrogation, la représentation. Les principes du vieux droit germanique et coutumier se trouvent ainsi avoir fait place presque complètement aux théories romaines. Nulle autre partie de la législation ne s'est romanisée à ce point. Est-ce une raison suffisante pour penser que l'évolution s'est produite uniquement sous l'influence du droit romain? Non certes. Pas plus ici qu'ailleurs, le droit romain n'a été un agent direct des transformations juridiques. On ne l'a pas imité, comme un élève copie un maître, par esprit de servile respect. Son action, qui a été grande, ne s'est exercée que là où le terrain était préparé, là où l'évolution s'opérait d'une façon spontanée et indépendante; il ne l'a pas provoquée; elle se serait faite sans lui; mais il l'a singulièrement facilitée en lui donnant un but nettement défini, des formules précises, un cadre arrêté; d'un travail obscur, lent, incertain, tout de tâtonnements, il a fait une œuvre consciente. La cause profonde du changement qui a ramené l'ancien droit aux théories romaines en matière d'obligation, est la substitution (que nous venons d'expliquer) du régime contractuel au régime de la coutume rigide; l'un convient à un état social aussi simple que l'était celui du haut moyen âge; l'autre à des sociétés plus complexes comme le sont les nôtres. Et pour qu'il se réalisât, que de changements étaient nécessaires! La désagrégation de la famille, l'indépendance et la propriété de l'individu, l'usage de la monnaie de plus en plus répandu et permettant d'obtenir des services quelconques, supprimez un de ces faits nouveaux, le droit des obligations est bouleversé (1).

§ 2. — *Les délits* (2).

1. — **Délits publics et délits privés** (3). — Le droit primitif

(1) Dans le droit moderne, l'obligation tend à constituer une valeur circulant à la façon de la monnaie (effets de commerce).

(2) Bibliographie. — Cf. Procédure de l'Epoque franque, t. I (bibl.). — Kovalewsky, *Coutume contemporaine et loi ancienne*, 1893*. — Brunner, *DRG**, §§ 21-22 et 124-146 (bibl.); cet ouvrage capital dispense presque de recourir à ceux qui l'ont précédé; *Grundz.*, p. 19; *Forsch.*, p. 444, 487. — Wilda, *Strafr. d. Germ.*, 1842. — Osenbrüggen, *Alaman. Str.*, 1860; *Str. d. Langob.*, 1865. — K. Maurer, *Kr. U.*, 3, 33 (Anglo-Sax.). — Dahn, *Westgot. Stud.*, p. 141. —

ne connaissait guère de délits publics, c'est-à-dire intéressant directement l'Etat et appelant une répression de sa part (1). Les actes illicites tombaient sous le coup du pouvoir disciplinaire du chef de famille, quand ils étaient commis dans l'intérieur de la famille par un de ses membres contre un autre (2) ; ou, s'ils se produisaient entre les membres de deux familles, la répression s'exerçait de famille à famille, par voie de vengeance ou guerre privée (3). L'ancien droit pénal constituait donc un système de délits privés et de peines privées et ne se distinguait pas du droit civil. Mais peu à peu les peines publiques se substituèrent aux peines privées ; l'Etat, prenant la place de la famille, s'attribua le rôle de redresseur de torts qui ne lui appartenait pas anciennement (4) ; et quoique l'on parle encore

Pertile, t. V. — Amira, *Altnorw. Wollstreck.*, 1874; *Nordgerm. Obligat.* (abrév. *OR*) 1882 et s.; *Recht*, p. 191. — Thonissen, *L'organis. jud. de la L. Salique*, 1881. — A. du Boys, *Hist. du dr. crim.*, 1865. — De Croos, *Hist. du dr. crim. en Flandre*, 1878. — Cattier, *Dr. pénal en Hainaut* (*Mém. Soc. Hainaut*, 1894). — Poullet, *Dr. crim. à Liège* (*Mém. Soc. Liège*, t. XXXVIII). — John, *Strafr. in Norddeutschl* (XIII[e] s.), 1873. — Löffler, *Schuldform. d. Strafr.*, 1895. — Pollock et Maitland, II, 446 (bibl.). — Bigelow, *Law of torts*, 1889. — Schrœder, p. 71, 330 (bibl.). — Glasson, III, 523; VI, 640. — Esmein, *Hist. de la procéd. crim.*, 1882. — Tardif, *Procéd. civ. et crim.*, 1885. — Cf. aussi Grimm, *RA.* 623. — Michelet, *Orig.*, p. 361. — Post, *Bausteine*, t. I (1880); *Grundr. d. ethnol. Jurisp.*, II, 210. — Steinmetz, *Ethnol. Stud. z. Entwick. d. Strafe*, 1894. — Schrader, *Reallexicon der indogerm. Alterthumskunde*, 1901. Dareste, *Etudes*, p. 21, 60. Dareste, *NRH*, 1903 (Cout. albanaises), etc. Kohler, *Shakespeare*, 1882. — Sur l'ancien droit criminel, cf. bibliog. dans Camus, n[os] 1705 et suiv. Voy. not. Ayrault, Imbert, Muyart de Vouglans, pour la France; et J. Clarus, Farinaccius, Damhoudère, Carpzov, pour l'étranger. — Aubert, *Hist. du Parl.*, 1894, II, 209 (procéd. crim.). — Ducoudray, *Orig. du Parl.*, p. 469 (procéd. crim.), 888 (pénalités). — Bibl. dans Pertile, Glasson, Mühlbrecht, *Wegweiser*, I, 91; II, 92. — Camus, n° 1705 et s.

(3 *de la page précédente*.) Cf. surtout droit romain où la distinction est si nette. Blackstone, t. IV, oppose aussi lestorts privés aux torts publics. Cf. Pollock, *Torts*, 1887.

(1) Tacite, *Germ.*, 12 : *proditores, transfugae* (pendus), *ignavi, imbelles, corpore infames* (noyés dans la boue). Le lâche est aussi nuisible à la communauté que le traître, et la bravoure n'est pas souvent la qualité dominante du *corpore infamis*. Brunner, § 146.

(2) Kovalewsky, p. 311. Ci-dessus, p. 59, 106, t. II.

(3) Caractère religieux de la vengeance, publicité, cérémonies en cas de pardon. Kovalewsky, p. 234 et suiv.

(4) Maintien du talion pendant longtemps dans les pénalités publiques. Loysel, 821. — Influence de l'Eglise sur la transformation du droit pénal. Huc, *R. de lég.*, 1858. Brunner, II, 548 et § 135 (bibl.). Elle pose la question d'intention coupable (quoique le point de vue germanique

aujourd'hui de la *vindicte publique*, il n'en est pas moins vrai qu'il agit non pas en vengeur, mais dans le but de maintenir l'ordre et de réparer le dommage causé.

2. — **Délits de famille à famille** (1). — Leur répression est passée par diverses phases : vengeance privée, compositions volontaires, compositions légales et enfin peines publiques infligées par l'Etat. Le point de départ du système répressif pour cette catégorie de délits est dans la vengeance privée ou *faida*; la victime d'un dommage a le droit de causer à l'auteur de celui-ci un autre dommage, comme de nos jours encore il y a lieu à représailles entre nations. Il y a là, au début, moins une institution juridique que la réaction naturelle de l'offensé contre l'offenseur, de celui qui souffre d'un mal contre celui qui le lui occasionne. C'est seulement à l'aide de cette conception primitive que l'on peut comprendre bien des particularités du système des compositions à l'époque barbare ou du système romain des délits privés (par exemple les distinctions entre le flagrant délit et le délit non flagrant en cas de vol, d'adultère, etc.). On a vu plus haut comment on était passé du régime de la *faida* à celui des compositions ; nous n'avons ici qu'à relever les traits essentiels de l'obligation *ex delicto*.

3. — **Caractères du délit** (2). — Il est à peine besoin de dire

persiste longtemps dans les Pénitentiels, Wasserschleben, p. 391, 550), favorise la substitution de la composition aux peines physiques (*Alf.*, 49, 7; l'Eglise a horreur du sang; pénitences à qui exécute un condamné, à qui tue dans une juste guerre; cf. Viollet, *Et. de saint Louis*, t. I, p. 249; Esmein, *Mélanges*, p. 369), adoucit la pénalité par le droit d'asile; Brunner, *loc. cit.*; Loysel, 828), introduit l'idée de correction et d'amélioration du coupable à côté des idées de vengeance et d'exemplarité. La Cour du roi qui juge en équité s'inspire de bonne heure de ces idées. Cf. ci-après, Pollock et M., II, 460. — Pertile, V, 29, 598. — *Burg.*, 52, 5. Capit. Worms, 829, 1. — Sur l'influence du droit romain, cf. Pertile, V, 39. — Beaum., 30, 1, 61, etc. *Anc. Cout. d'Anjou*, t. IV, p 308 Bout., I, 29.

(1) Cf. Procédure à l'Epoque franque, t. I. *Add.* Frauenstädt, *Blutrache*, 1881. Wodon, *Le dr. de vengeance dans le C. de Namur*, 1890. Cattier, p. 127 (guerre privée, asseurement, fourjur); p. 53 (talion). Dubois, Thèse, 1900 (asseurements). — Sur la *vendetta* corse, cf. Glasson, *Inst. de l'Anglet.*, I, 305. Suisse (XVI^e^ s.), Günther, I, 207. Guyot, *Un exemple d'Urfehde*, 1892. Glasson, *Bull. Comité trav. hist.*, 1892. Ducoudray, *Origines du Parl.*, p. 395. *Unters.* de Gierke, t. 29.

(2) Terminologie : *culpa*, *scelus* etc., *malum factum* (meffait), *forefactum* (forfait); *malus homo* (cf. félon, ci-dessus, p. 227, n. 5, t. II), *tortum* (tortfait), *gravamen* (grief); plus tard, vilenie, vilain cas. Loysel, 803 : *tous vilains cas sont reniables.*

que l'ancien droit est très éloigné dans sa conception du délit de la psychologie raffinée de notre époque. Du moment où il part d'une simple réaction contre le mal souffert et de ce qui n'est presque qu'un mouvement réflexe, il ne s'attache qu'à l'existence du fait matériel (1) ; « le fait juge l'*homme* (2) », les questions d'intention ne se posent pas (3). La vengeance du barbare est aveugle comme celle de l'enfant : elle s'exerce sur des irresponsables, comme des mineurs et des fous, même sur des animaux, même sur des êtres inanimés (4). L'homicide par imprudence donne lieu à la même composition que le meurtre et l'assassinat (5) ; *qui inscienter peccat scienter emendat*, dit le vieil adage (6). La légitime défense n'est pas une excuse abso-

(1) *Roth.*, 248, 324; 342, 348, 387. *Wis.*, 6, 5, 2. *Burg.*, 6, 2. *Bai.*, 9, 10. *Thur.*, 51. Cf. cep. *Alam.*, 71.

(2) Loysel, 824.

(3) Bibl. dans Brunner, § 125, 138. Amira, *OR*, I, 373, 706; *Recht*, p. 192. Holmes, *Common Law*, 1, 1881, p. 17. Wigmore, *Harward Law Rev.*, 7, 315 et s. Kovalewsky, *Coutume contemp.*, p. 301. *Unters.* de Gierke, t. 55, 61.

(4) Le concours de délits donne lieu à des solutions diverses qu'il est difficile de ramener à un système logique. Schreuer, *Verbrechenskonkurrenz i. d. Volksrechten*, 1896. Cf. ci-après, Coauteurs. Sur la récidive, voy. Cattier, p. 50. — Tantôt on distingue plusieurs délits dans le même fait; ainsi qui tue une femme enceinte commet un double meurtre; qui tue son ennemi après avoir juré la paix, doit le *wergeld* pour meurtre, perd la main droite pour parjure, encourt le ban du roi pour désobéissance. *Sal.*, 24, 3. *Roth*, 75. *Alf.*, 9. Sunesen (dans Schlyter, *Corp. juris Sueo. Got.*, t. IX), 68. Capit. 805, 6 (I, 123) D'autres fois, on n'y voit qu'un seul délit, mais la peine est accrue; c'est ce qui arrive en cas de délit emportant violation de domicile ou d'un autre lieu auquel est attaché une paix spéciale. *Liut.*, 131, 42. *Roth.*, 143. Les compositions se cumulent tantôt jusqu'à un certain taux, tantôt sans limites. *Sal.*, 17, 3, 6. *Rib.*, 1, 68. *Fris.*, 22, 75. *Add.*, 3, 49, 58. *Roth.*, 46, 61, 78, 103. Pertile, § 172.

(5) *Thuring.*, 51. Capit. 819, c. 15. *L. Henr. I*, 70, 12, 25. *Liut.*, 136. Cf. Du Boys, I, 250. Pertile, § 170. — Chez les Hébreux, lieux d'asile ouverts aux homicides involontaires. Exode, XXXI, 13. Nombres, XXXV, 22. Deutèr., XIX, 3.

(6) Frank, *Casuelle Tötung*, 1890. Dans le même sens : *Péché ivre, réparé à jeun.* Chaisemartin, *Prov.*, p. 489. Et par réaction : *Ignorant ne pèche pas.* Loysel, 791, note : *Larrechin n'est mie fès sans corage d'embler.* 793 : *Tel cuide férir qui tue.* 791 : *La volonté est réputée pour le fait* (dans des cas comme le crime de lèse-majesté). Dans l'ancien droit, on aurait pu dire le contraire : *le fait est réputé pour la volonté. TAC. Norm.*, p. 30 : qui tue son seigneur est pendu; qui le met à mort par imprudence est simplement puni de mort. Brunner, *Forsch.*, p. 491, cite une loi sicilienne du douzième siècle, d'après laquelle celui qui tue quelqu'un en se jetant du haut d'un rocher ou en jetant une branche d'arbre est puni de mort. Cf. Esmein, *Hist. de la procéd. crim.*, p. 255 (lettres de grâce). Pollock et M. II, 478.

lue; le Miroir de Saxe impose encore la responsabilité pénale à celui qui tue pour se défendre (1). A l'inverse, la tentative et le délit manqué ne doivent pas être punis, quelque criminelle que soit l'intention de l'auteur (2). Si les coauteurs ou les fauteurs (par exemple, les recéleurs) sont responsables pour avoir pris part à l'acte ou sauvegardé le malfaiteur, il n'en est pas de même des complices proprement dits, c'est-à-dire de ceux qui, sans prendre part à l'acte, ont donné des conseils à l'agent ou lui ont prêté assistance (par exemple, en faisant le guet) (3). Ce système grossier n'était pas seulement en harmonie avec la conception ancienne du délit (4) et avec l'état des mœurs (5); il avait le mérite de la simplicité et dispensait les juges de recherches pour lesquelles ils n'auraient eu ni les lumières, ni l'impartialité requises (6).

4. — **L'intention criminelle** (7). — Dès l'époque barbare se

(1) Beaum., 30, 65. *L. d. droiz*, 500, 997. Ord. 1368, Isamb., V, 320. Pollock et M., II, p. 480. Pertile, § 174.

(2) Brunner, § 127 (bibl.). Cattier, p. 40. Pertile, § 171. — Cf. cep. *Sal.*, 17, 28.

(3) Brunner, § 128 et 129 (bibl.). *Le recéleur vaut le voleur. Sachsensp.*, II, 13, 6. Chaisemartin, p. 491. Cf. les proverbes : voler et tenir le sac sont tout un; par compagnie on se fait pendre. Pertile, § 172.

(4) Ces idées ont amené à une casuistique minutieuse, par exemple à des distinctions bizarres entre les blessures. Dans les Coutumes du moyen âge, il est encore d'usage de mesurer la longueur des plaies pour déterminer la responsabilité du coupable. Ainsi, dans le Midi, on oppose la plaie simple et la *plaga leyau*, ou plaie de loi majeure (donnant lieu au payement d'une amende plus élevée). La dimension de celle-ci est d'une once de longueur ou de profondeur (F. de Béarn); l'once est la cinquième partie d'un empan de canne; la canne vaut 1m856. La C. de Soule de 1520, 35, 15, reproduit l'étalon officiel de la Cour de Lixarre : [redacted]. L'amende pour la plaie légale était, dans cette Coutume de 66 sols morlaas. Les Fors de Béarn, de 1551, r. *de homicidis*, donnent encore de curieux détails qui ne seraient pas déplacés dans une loi barbare; après avoir défini la *plaga leiau*, ils ajoutent : *alep es dit membre podal ; caxau* (molaire) *es membre*; si plusieurs molaires sont arrachées d'un coup, il n'y a qu'un *alep*; un doigt de la main ou même une phalange du doigt est un membre; mais une dent n'est pas un membre. On n'a pas de peine à voir combien ces évaluations mathématiques nous transportent loin de notre système d'imputabilité. Montesquieu, *Esprit des Lois*, 14, 14. Desmaze, *Hist de la médecine légale*, 1880. Lespy, *Dict. béarn.*

(5) A une époque où on vivait au milieu d'embûches perpétuelles, où chaque jour on avait à redouter un guet-apens, on ne pouvait manquer de soupçonner une intention criminelle derrière ce qui avait l'apparence d'un accident.

(6) Beaum., 31, 12. Bout., II, 40. *L. des droiz*, II, 463.

(7) L'intention criminelle est désignée dans les textes par les mots *per*

fait jour la tendance à tenir compte de l'intention dans l'appréciation du délit. — La simple négligence est assimilée parfois à un fait positif : *qui peut et n'empêche, pèche*, dira plus tard Loysel. Le délit commis par imprudence (1) donne lieu à une composition moins élevée, parfois même à de simples dommages-intérêts; il n'entraîne pas rupture de la paix; il n'autorise pas la vengeance privée. Tout en retenant le principe que le fait matériel à lui seul est punissable, on y apporte des exceptions : certains délits sont présumés non intentionnels (mort occasionnée par la chute d'un arbre, fait d'un mineur) (2): pour d'autres, le dol ressort comme un élément essentiel du fait lui-même (par exemple, l'incendiaire met le feu ou l'attise (3), le meurtrier cache le corps de sa victime) (4); dans ces cas même, comme il pouvait arriver que la présomption portât à faux, on exigea de l'auteur de l'acte le serment qu'il n'avait pas agi dans une intention criminelle (5). C'est ainsi qu'on s'achemina peu à peu vers un état de droit où cette intention n'est pas moins indispensable que le fait matériel : *reum non facit nisi mens rea* (6). « Nécessité n'a point de loi », dit un proverbe (7) qui s'inspire de cette idée et qui vise à la fois la légitime défense et le délit commis en état de nécessité, par exemple par quelqu'un qui, mourant de faim, prend des fruits dans le champ d'autrui. La transition au droit nouveau est marquée dans quelques lois

malum ingenium, per invidiam, irato animo, de asto (*Liut.*, 146. *Roth.*, 277. *L. Alam.*, 9); par opposition, on dit *nolens, casu, negligentia* (*Sal.*, 24, 5. Réginon, II, 17, 29); *infortunium*. Beaum., 69 : cas d'aventure et mésaventure.

(1) Omission coupable ou équivalente à une commission. *Rib.*, 70, 3, 4. *Bai.*, 14. *Burg.*, 18, 2. *Alfr.*, 36. — Loysel, 792.

(2) Pertile, § 174 (bibl.).

(3) Osenbrüggen, *Brandstiftung*, 1854. Brunner, § 141.

(4) *Murdrum* (*clam factum*), par opp. au simple homicide, fait *palam*. *TAC. Norm.*, p. 64. Glanville, 8. Pollock et M., II, 485. Ci-après.

(5) Edit. Chilp. 5, (cf. *Sal.*, 35, 36) : abandon noxal avec serment du maître *quod pura sit conscientia*. Cf. serment lombard *de asto*. Exp. s. *Roth.*, 202; serment purgatoire. *Form. Turon.*, 30.

(6) *L. Henr.*, 5, 28; 90, 11. Décret de Gratien, c. 3, C. 22, q. 2, tiré de saint Augustin, *Sermones*, n° 180, c. 2 (Migne. *Patr. lat.*, 38, 974), à propos du parjure. Idées romaines sur le dol et la faute. Bracton, f. 120 *b*, reproduit un passage de Bernard de Pavie.

(7) Loysel, 870. *Nothwehr*, *Nothstand* du droit allemand. Pollock et M., II, 477. Bracton, f° 134, 104ᵇ, 120ᵇ, 126ᵇ. D'après Bracton, celui qui a commis un homicide par imprudence ou qui a tué en état de légitime défense a besoin d'obtenir sa grâce. Id. Bout., II, 40. Cf. Beaum., 69, 17.

avec autant de naïveté que d'humour : ainsi, au cas où un homme en tue un autre en tombant du haut d'un arbre, les *L. Henrici I*, 90, 7, n'autorisent le parent qui s'obstine à réclamer le wergeld, qu'à rendre la pareille au meurtrier involontaire : *si placet, ascendat et illum similiter obruat* (1). On arriva à punir la tentative et le délit manqué en voyant dans certaines de leurs applications des délits spéciaux distincts de celui qu'on cherchait à réaliser (2). C'est ce qu'on fit de tout temps pour les coups et blessures, alors que l'auteur du délit avait eu l'intention de tuer. Le meurtre manqué fut qualifié de menace de mort et puni par la loi Salique d'une composition de 62 sous et demi (*seolandefa*) (3). Composition spéciale aussi pour le voleur surpris dans la maison d'autrui, parce qu'il y a eu de sa part violation de domicile (4). — Les coauteurs étaient également exposés à la vengeance privée et, par suite, responsables solidairement (5). Pour les complices par assistance, on ne paraît

(1) Cf. *Alam.*, *Pactus*, V, 11 : Si un homme est tué par le chien d'un autre, le maître du chien doit payer la moitié de la composition. Si l'héritier demande la composition entière, on lui fermera ses portes, de sorte qu'il n'entre et ne sorte que par une seule. Alors on prendra le chien à neuf pieds au-dessus du seuil et on l'y laissera jusqu'à ce qu'il tombe de putréfaction; et l'héritier ne sortira, n'entrera par aucune porte, sous peine de rendre la moitié de la composition. Günther, I, 13 (Abyssinie). Esmein, *Hist. de la proc. crim.*, p. 255.

(2) Textes dans Brunner, § 127. Citons-en quelques-uns. *Sax.*, 32. *Fris.*, 5, 1. — *Wassertauche* (plonger quelqu'un dans l'eau). *Fris.*, 22, 83; *add.* 3, 41, 66. *Sal.*, 41, 9, 98. *Sax.*, 9, 10. *Bai.*, 4, 17 et suiv. — Tentative de meurtre. *Sal.*, 16 et suiv. *Rib.*, 83. *Roth*, 139 et suiv. *Wis.*, 6, 4, 6. *Burg.*, 37. *Alam.*, 64. *Sax.*, 8, 23. Hlothar, 13. — Vol. *Sal.*, 11, 27, 91. *Cham.*, 19. *Sax.*, 21. *Fris.*, *add.* 1. *Viae lacina*, interdiction de passer et, par conséquent, quelquefois tentative de vol. Brunner, 11, 356. *Pactus Alam.*, 2, 50. *Roth.*, 373. Edmund, 3, 6. — Délits contre les mœurs. *Sal.*, 20, 76. *Bai.*, 8. *Alam.*, 56. *Roth.*, 26. *Liut.*, 125. *Alf.*, 11.

(3) *Seolan-defa* = *animae oppressio*. *Sal.*, 28, 2. Hessels, Table, *h. v°*.

(4) Osenbrüggen, *Hausfrieden*, 1857. Weinhold, *Deutsch. Fried. und Freist.*, 1864. Chaisemartin, p. 527 : *ma maison, mon château.* Brünner, §§ 130 et 140. Lœning, *De pace domestica*, 1865. Pollock, *The Kingspeace*, Oxford, Lect. (tr. fr. *Introd. à l'ét. de la science polit.*, 1898; cité t. I. Pertile, V, 606, 155.

(5) Mais ils n'avaient à payer qu'une composition là où il n'y avait qu'un délit. *L. Henrici I*, 49. 7. *Sal.*, 43. *Alam.*, 44. *Fris.*, 14. *Roth.*, 12, 263. *Alfr.*, 31. Il est vrai que, dans le système des peines publiques, chacun des coauteurs est puni comme s'il était seul coupable. La vengeance privée s'exerce aussi individuellement contre chacun de ceux qui ont pris part au délit. Voy. par exemple, dans la *Saga* de Nial, la vengeance de Kari. Au contraire, les parents qui réclamaient une composition, par exemple le

les avoir punis tout d'abord que dans le cas où il s'agissait de délits commis par une bande de malfaiteurs (1); la L. Salique, t. 42, prévoit le cas d'un meurtre commis de la sorte avec circonstance aggravante que la victime a été surprise dans sa maison; le meurtre se double de violation de domicile et il y a lieu au paiement du triple wergeld; trois membres du groupe sont responsables principalement; ils ont à payer chacun ce triple wergeld; on suppose que trois coups ont suffi pour donner la mort et que la pleine responsabilité ne peut porter que sur trois personnes, même si le cadavre a plus de trois blessures: mais on exige de trois autres une composition de 90 sous et de trois autres encore une composition de 45 sous; ce sont des complices; leur responsabilité est atténuée. De ce cas particulier, on étendit à d'autres hypothèses la même règle (2). *Assez écorche qui le pied tient*, dit Loysel, ou encore: *Par compagnie on se fait pendre*. Ce n'est guère, néanmoins, à l'époque franque, qu'aux complices d'actes magiques et de pratiques de sorcellerie qu'on inflige la même peine qu'à l'auteur principal, tant ils sont redoutés. Les complices par conseil ne furent punis tout d'abord que dans certains cas particuliers (par exemple au cas de meurtre commis moyennant un prix) (3). Chose assez difficile à expliquer, tandis que l'ancien droit laisse impunis les complices, il frappe avec une extrême rigueur les fauteurs du crime; le coupable étant sous le coup de la vengeance, qui se met entre lui et le vengeur, s'expose à être traité comme lui (*qui illum suspicit similis est illi*) (4). *Il est larron qui larron emble*, dira-t-on plus tard.

wergeld en cas de meurtre, se trouvaient désintéressés par un seul payement, qu'il y eût un seul ou plusieurs meurtriers. Mais, du droit public, la responsabilité pour le tout pesant sur chaque coauteur, passa au droit privé et à la matière des compositions. *Rib.*, 18 (lire : *restituant*, car le *capitale* ne doit pas être restitué plusieurs fois). *L. Henrici I*, 59, 25; 49, 7.

(1) Cf. détails dans Brunner, § 128. *Contubernium* (Végèce, *de re mil.*, 2, 8). *Trustis*; *Sal.*, 13, 14, 105. *Rib.*, 34, 64 *Alam.*, 34. *Bai.*, 2, 3; 4, 22, *Alfr.*, 29. *Ina*, 13. *Thuring.*, 57. *Roth.*, 19 379.

(2) *Sal.*, 71. Cap. 873, 7. *Bai.*, 4, 25. *Pact. Alam.*, 3, 24. *Alf.*, 19. *Aethelb.*, 17, 20. *Roth.*, 307. — Cf. Loysel, 794. *Jost.*, p. 307. Beaum., 31, 7 et suiv.; 30, 92. Bout., 1, 29; II, 40.

(3) *Fris.*, 2. *Aethelr.*, 8, 23. *L. Henr. I*, 85, 3. *Sal.*, 28, 41; 11, 31, 1 (Her.); 57, 6 (emend). Cf. *Roth.*, 202, 166. *Liut.*, 63, 72. — Délits d'un esclave sur l'ordre du maître ou d'un tiers. *Sal.*, 10, 2. *Wis.*, 7, 2, 6. *Bai.*, 9, 6. *Sax.*, 18, 50. *Roth.*, 322.

(4) Assimilation à l'auteur principal, en cas de mise hors la loi. Anglo-

5. — **Responsabilité à raison du fait d'autrui. Dommages causés par les animaux ou les choses inanimées** (1). — Dans les idées anciennes, la responsabilité du délit remonte à tous ceux dans la dépendance desquels se trouve l'auteur : ainsi la centaine, la communauté sont responsables des faits de leurs membres, le propriétaire d'un domaine est responsable de ceux qui l'habitent, le chef de famille de ses enfants, de sa femme, de ses esclaves, et d'une manière générale des gens de sa maison (2); le maître répond de ses animaux ou même des choses inanimées qui lui appartiennent (3). Mais c'est là une responsabilité *sui generis*, semblable à celle d'un Etat à raison des actes qu'entreprendrait un de ses membres contre un autre Etat. Il suffit, pour s'en décharger, de livrer le coupable à la victime du délit ou à ses parents, parce qu'ils pourront alors tirer de lui la vengeance qu'ils réclament (4); ainsi, en cas de meurtre, à l'époque païenne, on sacrifiera le meurtrier aux mânes de la victime et le même traitement sera infligé à l'animal qui a tué un homme, à l'objet, lance, épée ou autre, qui l'a frappé. Si on se refuse à faire l'abandon noxal, on se place dans la situation du fauteur d'un délit, on met obstacle à l'exer-

Sax. Edmund, II, 1, 2 ; *Aethelr.*, I, 4, 2; III, 13. Les lois franques édictent simplement une composition. *Sal.*, 55, 56, 70, 106. *Rib.*, 87. *Capit.* (éd. B.), I, 148, 156, 70. Cependant elles prononcent aussi parfois la même peine. *Sal.*, 32. Dec. Child , 7. *Capit.*, I, 171. Cas de vol. *Rib.*, 73, 78. *Cham.*, 30. *Roth.*, 200, 266. *Burg.*, 71. *Bai.*, 9, 15 et suiv. *Wis.*, 7, 2, 7. — Leysel, 806.

(1) Cf. Condition des personnes. Epoque franque, t. I. Leseur, *NRH*, 1888, 576. Osenbrüggen, *Studien*, 1868, p. 139. Gierke, *Humor im deutsch. Recht.*, p. 45. Amira. *Zweck und Mittel*, p. 56; *Thierstrafen u. Thierprocesse* (*Inst. f. österr. Geschichtsforsch.*, XII, 545; bibl., p. 547). Stobbe, §§ 201 et 202. *Untersuch.* de Gierke, t. 2, Jastrow (Délits d'esclaves); t. 18. A. B. Schmidt, p. 41 et suiv.; t. 19, Hammer, p. 79; t. 51, Hoffmann. Hermann, *Noch ein Wort über mithio*, 1890. Pollock et M., II, 527. Pertile, § 189.

(2) Les gens de la maison n'eurent pas toujours de biens propres; anciennement, tout ce qu'ils acquéraient appartenait à la famille; aussi se trouvaient-ils dans l'impossibilité de fournir eux-mêmes une indemnité pour les dommages qu'ils causaient. La responsabilité du chef de famille a eu un point d'appui dans cette considération pratique. On n'admit pas qu'il pût se justifier en établissant qu'il n'y avait pas de faute à lui reprocher. Cf. ex. dans Huber, IV, p. 495, 807. P. de la Janès, II, 400.

(3) Cf. responsabilité du maître qui emploie un ouvrier lorsque celui-ci perd la vie à son service. *Roth.*, 144 et suiv., 152. *L. Henrici I*, 90, 11. Wasserschl., *Bussordn.*, p. 549.

(4) *Bai.*, 8, 9. *Roth.*, 142. *Sax.*, 18, 53. Ina, 74. *Burg.*, 20, etc. *Wis.*, 6, 5, 10 et suiv. Interdiction de l'abandon unilatéral. Cap. 803, c. 5 (I, 117). *Sal.*, 35, 5. Ed. Chilp., 5. Grimm, *RA*, 664.

cice de la vengeance et on s'y expose soi-même (1) : l'unique moyen de l'éviter est de payer la composition comme si on était l'auteur de l'acte (2), alors qu'on n'y a pourtant pris aucune part. L'abandon noxal (3) est donc l'obligation primordiale du maître d'un esclave qui a commis un délit, du propriétaire d'un animal ou d'une chose inanimée qui ont causé un dommage. En supposant qu'il n'y procède pas, on se demanda s'il n'était pas excessif de traiter le maître comme le véritable auteur du délit ; tout au plus pouvait-on voir là quelque chose d'analogue à un délit commis par imprudence. Aussi admet-on qu'il n'encourt pas la *faida* et qu'il est toujours autorisé à payer une composition pécuniaire (4) ; tantôt on exige de lui la composition ordinaire, tantôt une part de celle-ci (1/2, 2/3) (5). On finit même par infliger le plus souvent des peines corporelles (le fouet, les verges) aux esclaves à raison de leurs délits. Pour les animaux ou les objets inanimés, la vengeance fut pratiquée aux époques primitives, d'abord, parce que celui qui se vengeait obéissait à une impulsion irréfléchie et ne se demandait pas si celui qu'il frappait était responsable, pas plus qu'un enfant ne se demande, en cassant la branche qu'il a heurtée, si elle mérite ou non d'être punie; des idées religieuses ne tardent pas à se mêler à cette procédure instinctive ; on sacrifie l'animal qui a tué, on consacre l'objet qui a donné la mort. Les peines publiques contre les animaux, qui se sont conservées très tard dans notre ancien droit, n'ont pas d'autre origine ; et les souvenirs bibliques d'où on les fait souvent dériver, n'ont eu qu'à contribuer à leur maintien. Beaumanoir mentionne, en le blâmant, l'usage de mettre à mort des animaux, 69, 6 : *se une truie tue un enfant, ils* (seigneuss justiciers) *la pendent ou traï-*

(1) Fribourg, dans l'*Uechtland*, éd. Lehr. c. 36 : *Si quis vicino suo per suum animal aut per familiam suam nocuerit, et ipse scultelo conquestus fuerit, aut ipse respondeat pro eis, aut eos relinquat* (a. 1249). A propos de la règle *noxa caput sequitur*, cf. *Rib.*, 70, 1.

(2) *Fris*, 1, 22; 9. 17. *Roth.*, 249, 254, 371. Exp. s. *Roth.*, 256. *Thur.*, 59 : *omne damnum quod servus fecerit dominus emendet.* Limitation de la responsabilité du maître. Grim., 3, Capit 803, 13 (I, 143).

(3) Girard, *NRH.* 1887, 1888; *Man. de dr. r.*, p. 671. Esmein, *Ibid.*, 1900. Kovalewsky, p. 303.

(4) *Roth.*, 326 : *cessante faida... quia mula res fecit, non hominis studium. Rib.*, 46. *Sachsensp.*, II, 40, 3. Par conséquent, pas de *fredus* : *Vieh verbricht kein Gewette Sal.*, 36.

(5) *Roth.*, 142, 249. *Liut.*, 21. *Bai.*, 8, 2. *Fris.*, 1, 13.

nent... mes c'est nient a fere, car bestes mues n'ont pas entendement qu'est biens ne qu'est maus, et pour ce est-ce justice perdue (1). Ce raisonnement n'eut pas grand effet sur les juges de son temps ; au quatorzième, au quinzième siècle, il n'est pas rare de les voir brûler ou pendre en effigie ces criminels d'un genre tout particulier (2). En Angleterre, on admettait encore, en théorie, en 1846, que tout animal ou toute chose inanimée qui causait la mort d'un homme, devait être consacrée à de pieux usages afin d'apaiser la colère de Dieu (*deodand*). — Mais, en général, ces vieux usages disparurent ; le maître d'un animal (3) ou d'un objet inanimé (4) qui causait un dommage (chute d'une maison, etc.), fut tenu à une réparation pécuniaire sans pouvoir s'y soustraire par l'abandon (5).

6. — La **composition pécuniaire** (6) ne fut à l'origine que le rachat de la vengeance, la rançon du coupable, le prix de la paix que la victime et sa famille accordaient à l'auteur du délit et à ses parents (7). Elle dut comprendre, dès lors, deux élé-

(1) Beaum., 69, 6. *Et. de saint Louis*, I, 125 (éd. V., p. 233). Bout., I, 38. Tanon, *Reg. crim. de Saint-Martin-des-Champs*, p. 554. Michelet, *Orig.*, p. 354. Kovalewsky, p. 302. — *Deodand* (*dentur pro Deo*), cf. Bracton, f. 121. Fleta, p. 37. Pollock et M., II, 471 (bibl.).

(2) Genèse, IX, 5. Exode, XXI, 28-32. *Lois de Platon*, 12, 936. Démosth., *in Aristoc.*, 18. Ayrault, *Ordre judic.*, I, IV. Sorel, *Procès c. les animaux en Picardie*, 1877. Menabrea, *Jug. rendus c. les animaux*, 1846. Berriat-Saint-Prix, *Rech s. les procès faits aux animaux* (faits de 1120 à 1741). Du Boys, *op. cit.*, V, 56. Glasson, VI, 650 Cf. surtout Amira, *op. cit.* Cf. Pénitentiels, t. I. Addosio, *Bestie delinquenti*, 1892. D'Arbois de Jubainville, *Rqh.*, V. 275 (Excommunications d'animaux). — *Add.* Esmein, *NRH*, 1900. 5 (ab. noxal).

(3) Cf. le proverbe allemand : *Kein Vieh verbüssl Gewette*, c'est-à-dire qu'il n'y a pas à payer d'amende pour le dommage causé par un animal ; il suffit au propriétaire de donner une indemnité à la victime. Le mot *Gewette* ou *Wedde* vise le gage que l'inculpé devait fournir au juge pour le cas où il serait condamné. *Pactus Alam.*, 3, 16 (chien suspendu à la porte). Gui Pape, 9, 238 (*De poena bruti*). Sur les dommages causés aux champs par les animaux et la *pignoratio*, ci-après, Exécution.

(4) *Sax.*, 58 (*fossa, laqueus*). *Thur.*, 61. *Rib*, 70. *L. Henrici I*, 87, 2. *Alfr.*, 19.

(5) *Anc. Cout. d'Anjou*, t. II, p. 163. *L. d. droiz.* nos 119, 228. Glasson, VI. 653. — Cf. Ferrière, v° *Dommage*. Argou, 3, 39. Pothier, *Oblig.* 121. Code civ., 1382 et suiv., Josserand, *Respons. des choses inanimées*, 1891. *R. crit.*, 20, 182.

(6) Cf. Procédure franque, t. I. Fustel de Coulanges, *Recherches*, p. 460; *Nouv. Rech.*, p. 361. Brunner, § 136; *Duodécimal u. Decimalsustem* (*Berl. SB*, 1889). A.-B. Schmidt, *Unters.* de Gierke, t. 18, 1885. Cattier, p, 67. Kovalewsky, p. 357. *ZRG*, III, 90. Pertile, § 177, 178. *ZSS. GA*, 1897, 191.

(7) Si donc la vengeance s'exerçait, il n'y avait pas lieu à composition.

ments : des dommages-intérêts et une peine, car il est bien difficile que l'on se soit contenté d'une simple indemnité représentant exactement le dommage causé ; dans bien des cas, d'ailleurs, l'appréciation du dommage n'est pas aisée (1). Lorsque la composition fut tarifée par l'usage et devint obligatoire, elle ne changea point de nature. Il arrive cependant quelquefois que la *pœna* et les dommages-intérêts se distinguent ; ainsi, en droit franc, le voleur est tenu d'une composition purement pénale indépendamment du *capitale*, c'est-à-dire de la restitution de la chose volée ou de sa valeur, et de la *dilatura* ou *wirdira*, c'est-à-dire des intérêts moratoires. Le *fredus* et la composition proprement dite ne correspondent que dans une certaine mesure à la *pœna* et à la *res* du droit romain ; la distinction est déjà faite dans Tacite, *Germ.*, 12 : *pars multae regi vel civitati, pars ipsi qui vindicatur vel propinquis ejus exsolvitur* (2).

7. — **Solidarité familiale** (3). — Le délit mettait en jeu la solidarité familiale ; les parents de la victime aidaient celle-ci à tirer vengeance du coupable ou agissaient seuls au besoin : à l'inverse, la vengeance s'exerçait d'une manière légitime non seulement contre le coupable, mais contre ses parents ; les deux familles étaient en état de guerre. *Suscipere tam inimicitias seu patris seu propinqui quam amicitias necesse est*, dit Tacite, 12. Il était logique, dès lors, d'attribuer aux parents de la victime une part de la composition, au moins du *wergeld* (*recipit satisfactionem universa domus*, ib.), et, de leur côté, les parents du *faidit* eurent à leur charge une part de la somme à payer (4). S'ils

Cf. les vieux proverbes : par la mort on s'acquitte (*wettet*) envers le juge et on indemnise (*busset*) le plaignant ; pour crime, on ne peut tenir le corps et les biens. Loysel, 801. Chaisemartin, p. 495.

(1) On tenait compte du dommage causé, par exemple le doigt qui lance la flèche, l'œil unique du borgne, la main du joueur de harpe ont un taux supérieur. La condition sociale de la victime du délit est un autre élément qui entre en ligne de compte. Souvent la composition est si élevée, qu'il est difficile à beaucoup de la payer. *Roth.*, 74 (taux plus élevé qu'autrefois, dans le but de réprimer la *faida*). L'indemnité substituée au talion d'après la loi Mosaïque, comprend divers chefs : dommage, douleur, frais de médecin, empêchement au travail, honte.

(2) *Fredus* a donné en français le mot *frais* en usage dans le langage judiciaire, par exemple frais et dépens. Cf. *bannus* (à l'Etat).

(3) Cf. Loi Salique, t. I. Brunner, *Sippe und Wergeld* ZSS. *GA*, XVI, 1). Salvioli, *Responsab. d. famiglia* (*Riv. d. sc. giurid.*), Kovalewsky, p. 277 et suiv. Ragueau, v° *Fimport*. Pertile, § 189 (textes).

(4) La loi des Thuringiens montre qu'il y avait corrélation entre le droit

trouvaient cette responsabilité trop lourde, il leur était indispensable de rompre le lien de la parenté, ce qui se faisait par des cérémonies symboliques comme celles que décrit la loi Salique au titre 60, *De eo qui se de parentilla tollere vult* (1), en brisant au-dessus de la tête quatre baguettes d'aune en plein *mallus* et en déclarant qu'il n'y aura désormais rien de commun entre eux, ni *hereditas*, ni serment (2). De son côté, la famille avait, sans doute, le droit de renier ceux de ses membres qui étaient par trop compromettants (3). — Avec la désagrégation de la famille primitive et l'extension du rôle de l'Etat, la responsabilité

au *wergeld* et l'obligation de contribuer au payement de cette sorte de composition : *Ad quemcumque hereditas terrae pervenerit, ad illum vestis bellica et ultio proximi et solutio leudis debet pertinere.* Cf. *Bai*, 8, 20. *Sax.*, 2, 6. *Sal.*, 62. *Rib.*, 12, 67. *Roth.*, 2. Sur le célèbre titre de la loi Salique, 58, *de chrenecruda*, Geffcken, *h. t.* Abolition de la *chrenecruda* par le Déc. Childeb., 5. — Voy. *Olim.*, II, 428, a. 1278. Chaisemartin, p. 480. Cattier, p. 183.

(1) *L. Henrici I*, 88, 13.

(2) On a rendu compte de cette formalité de diverses façons. Ainsi d'après Thévenin, *NRH*, 1880, 88, en brisant trois bâtons, on détruisait, l'une après l'autre, la triple communauté de serment, d'hérédité, d'intérêts, établie par le parentage. Mais tous les mss. de la L. Salique, sauf un, parlent de quatre bâtons et non de trois, et le nombre quatre est en rapport avec les *4 anguli* du *mallus* où on doit jeter les débris du *fustis*. Briser quatre bâtons et les jeter chacun d'un côté, c'est renoncer à la parenté d'une façon absolue, dans tous les sens. Cf. surtout Möller, *ZSS. GA*, 1900, 28. On trouvera dans cet article les principaux cas d'application de la rupture du bâton. En cas de mise hors la loi et de condamnation à mort, cet usage symbolise la rupture de tout lien de droit, de toute communauté juridique. De même en cas de dégradation d'un ecclésiastique. A la mort du roi, rupture du bâton par certains officiers de la maison (rompre le bâton de la maison, rompre la maison, c'est-à-dire congédier les gens). Rompre la paille avec quelqu'un veut dire se dégager du lien féodal et même de tout lien contractuel. Molière, *Dépit amoureux*, 4, 4, fait dire par Gros-René à Marinette :

> Pour couper tout chemin à nous rapatrier,
> Il faut rompre la paille ; une paille rompue
> Rend, entre gens d'honneur, une affaire conclue.
> ...Romps, voilà le moyen de ne s'en plus dédire.

De là vient l'expression : *rompre avec quelqu'un* pour dire : cesser toute liaison avec lui. Dans l'investiture féodale, on rompt quelquefois le bâton ou le couteau. Cf. Isidore, *Orig.*, 5, 24 : *Veteres enim quando sibi aliquid promittebant, stipulam tenentes frangebant, quam iterum jungentes, sponsiones suas agnoscebant.*

(3) *Fourjur* en Hainaut. Ci-dessus, p. 5, t. II. Kovalewsky, p. 311 : le chef de clan bannit quiconque trouble la paix intérieure ; de là la formation d'une classe d'hommes sans famille (*Abreks*). Ragueau, v° *Forjurer*.

des délits devint individuelle (1) : *tous délits sont personnels et en crime n'a point de garant* ; on dit aussi : *de l'homme mort, le plait est mort* (Loysel. 797)(2). De juridique qu'elle était, la solidarité de la famille se réduisit donc tout au plus à une flétrissure morale (3).

8. — **Dommages-intérêts** (4). — Peu à peu la plupart des délits donnèrent lieu à des peines afflictives ou infamantes infligées par l'Etat. Mais telle était la force des vieux usages que l'on appliqua même aux peines publiques le rachat pécuniaire employé pour les peines privées ; Loysel a pu dire encore, 836 : *Il n'est pas fouetté qui veut, car qui peut payer en argent ne paie en son corps* (5). D'un autre côté, la poursuite tendant à la répression publique, infligée par l'Etat, fut longtemps abandonnée à l'initiative privée (6) ; accuser est un droit et un devoir pour le plus proche parent (7) ; sans accusation, pas de jugement et pas de peine, comme si l'Etat ne faisait que se charger d'assister l'individu et d'exécuter la vengeance que celui-ci était trop faible pour réaliser, à lui seul ou même avec l'aide de sa parenté ; c'est là le trait saillant du système dit de la procédure accusatoire. En même temps, la victime du délit eut le droit

(1) *Dec. Childeb. II*, c. 5. *Roth.*, 25. Exode, XX, 5 : *Deus visitans iniquitates patrum in filios, in tertiam et quartam generationem.* Greg. Tur., VII, 21. Deutéron., XXIV, 16 : *non occidantur patres pro filiis, nec filii pro patribus.*

(2) Exception pour les crimes les plus graves, comme celui de lèse-majesté ; la sentence était prononcée et exécutée même sur le cadavre. Cf. Ayrault, *Ordre judic.*, liv. IV. D'une manière plus générale, la privation de sépulture, la nullité du testament et quelques autres peines n'avaient effet qu'après la mort. Au contraire, les instances civiles continuaient après la mort des parties, au moins depuis l'Ord. de 1359. Pertile, § 176. Brégeault, *NRH*, III, 619.

(3) En Allemagne, jusqu'en 1732, les corporations de métiers refusaient d'admettre les enfants de ceux qui avaient subi une condamnation infamante. Marnier, *Etabl. de Norm.*, p. 44. Après l'attentat de Damiens, il fut enjoint à ses parents de changer de nom.

(4) Cf. ci-dessus, p. 398, t. II. Du Cange, v° *mendum, emenda*. Heusler, I, 62.

(5) Ex. dans Brunner, II, 599, 616 (*manum perdat aut redimat*). Encore du temps de saint Louis, il n'est pas rare que la procédure à l'occasion d'un délit se termine par un accord entre les parties ; la transaction est ratifiée par les officiers du roi. Vie de saint Louis par le confesseur de la reine Marg., c. 18. Loysel, 360, 795 : *Il ne se donne plus tréve ni paix entre les sujets du roi, mais on les met en asseurance et sauvegarde.*

(6) Chaisemartin, p. 508 : le cri est le commencement de la plainte. Cicontre, p. 271, 225, t. II.

(7) Le *tair* chez les Arabes, le *goel* chez les Hébreux. Kovalewsky, p. 240.

d'exiger la réparation du préjudice qui lui avait été causé ; au lieu d'une somme fixe comme la composition, elle reçut une indemnité en rapport avec le dommage subi : la créance *ex delicto* qui lui appartint dans ce but, se distingua du droit de punir que se réservait la société en interdisant les voies de fait. Aussi lit-on dans Loysel, 832 : *Messire Pierre de Fontaines* (1) *écrit que les actions pénales n'ont point de lieu ; et qu'on fait rendre les choses sans plus, avec l'amende au seigneur. Qui est ce qu'on dit : A tout méfait n'échet qu'amende.*

9. — **La mise hors la loi et ses démembrements** (2). — Les délits contre l'Etat n'étaient frappés, dans l'ancien droit germanique, que d'une seule peine, la mise hors la loi portant à la fois sur le corps et les biens (3). Chacun devait courir sus au coupable considéré comme un ennemi public, comme une bête sauvage ; il n'échappait à la mort qu'en errant dans les bois ou en s'enfuyant à l'étranger (4). Sa maison était brûlée, ses ter-

(1) P. de Font., 15, 52. Cf. Beaum., 30 et suiv., 69. *Jost.*, p. 275 et suiv. Bout., I, 28, 29, 35. *Gr. C. Norm.*, 67. Cf. Angleterre, Pollock et M., II, 457, 510 (*trespass* = *transgressio*, mais c'est une *transgressio* qui ne va pas jusqu'à la félonie). L'action *of trespass*, à l'origine, a pour base un dommage causé au plaignant dans son corps, ses biens ou sa terre par force et armes et contre la paix du roi.

(2) Cf. Mise hors la loi, t. I. Schmid, *Ges. d. Angels*, v° *Utlagatus*. Houard, *Lois anglo-norm.*, id. Littleton, I, 500, etc. — En droit allemand, mise hors la loi = *Friedlosigkeit*, *Acht*, c'est-à-dire *persecutio*. Michelet, *Orig.*, p. 398. *Sal.*, 55. *Sax.*, 28. *Rib.*, 85. Ed. Chilp., 9. Capit. I, 424, 509. Cattier, p. 59 (XIV° s.). Zallinger, *Verf. g. landschædl. Leute*, 1899. Amira, *OR*, I, § 18; II, § 11.

(3) Cf., dans le moyen âge allemand, la mise au ban de l'Empire.

(4) Si la peine de mort ne fut point tout d'abord un acte religieux, elle le devint. *L. Fris*, t. 12 (peine du sacrilège). Aussi se bornait-on parfois à exposer le coupable à la mort, en laissant aux dieux le soin de se prononcer sur son sort ; il était abandonné sur la mer, dans une barque sans rames et sans gouvernail (Grimm, *RA*, 701) ; on le pendait, mais de façon à ce que la mort ne se produisit pas immédiatement (cf. expression : pendu jusqu'à ce que mort s'ensuive). *Sal*, 68. Capit. 808, 2 (I, 139). Celui que le bourreau a manqué doit être gracié, car les dieux n'ont pas accepté le sacrifice ; « on ne pend personne deux fois. » Chaisemartin, p. 204. Au contraire, qui ne connaît les vertus de la corde du pendu, de la main de gloire, main de pendu salée et séchée, corrupt. *mandragore*. Cosquin, *Contes popul. de Lorr.*, 1, 184. G. de Nerval, *La main enchantée*. *AC. Bord.*, 46)? Le corps du suicidé ou de celui qui était mort de mort naturelle n'avait aucune propriété de ce genre. Le refus d'une sépulture honorable se rattache encore aux idées païennes (ci-après : Exécution). Le plus ancien bourreau fut le prêtre païen ; aucun déshonneur n'était attaché à cette fonction. Peut-être faut-il expliquer par là le proverbe : « Ce que le bourreau peut atteindre

res ravagées ou confisquées (1), suivant l'époque où on se place, ravagées, du temps où le sol se partageait tous les ans ; confisquées, lorsque se dégagea la propriété individuelle. En cas de flagrant délit, la mise hors la loi était encourue de plein droit; si le malfaiteur n'était pas pris sur le fait, force était à l'autorité publique (au roi franc. sous les deux premières races) de la proclamer (2). — Cette peine terrible s'adoucit et se démembra, donnant naissance par voie de segmentation à une série d'institutions importantes. Elle s'adoucit chez les Scandinaves où l'on concéda au coupable un délai pour fuir (3) ; chez les Francs où elle dégénéra en une mesure provisoire, la *foris bannitio*, prononcée contre le contumax qui bien souvent ne fait défaut que parce qu'il n'a pas la conscience nette : *Qui fuit le jugement condamné se rend.* A divers égards, la condition du forbanni ou forban ressemble à celle de l'*outlaw* ; à d'autres, elle en diffère beaucoup ; chacun peut se saisir de lui afin de le traduire devant les juges; il est interdit de le loger, de lui donner des aliments (4) ; il est provisoirement dépouillé de ses

est à lui. » Chaisemartin, p. 204. D'ailleurs, la mort pouvait être infligée par la communauté (p. ex. lapidation ; en Norwège, après avoir rasé, enduit de poix et couvert de plumes la tête du coupable qui fuyait sous une grêle de pierres) ou par la parenté (*Sal.*, 70. Grimm, *RA*, 674). Brunner, § 114. Claeys, *Le bourreau de Gand*, 1891 ; Pagart d'Hermansart, — *de Saint-Omer*, 1892. Ludwig, *Arch. f. Kath. Kirch.*, 1893 (*Sacrilège*).

(1) L'arsin et abattis, à l'époque féodale, sont une survivance de la pénalité ancienne; on détruit par le feu, ou on démolit la maison du coupable. *Olim.*, I, 538, etc. Viollet, *Et. de saint Louis*, II, 36; III, p. 291 : la Convention prescrit la démolition de la maison du girondin Buzot, la Commune celle de M. Thiers. Ce sont là des cas remarquables de retour instinctif à la barbarie, et ils suffiraient, s'il n'y en avait pas bien d'autres preuves, pour nous montrer que nous en sommes moins éloignés qu'on n'a l'habitude de le croire. Pertile, § 186. Cattier, p. 83. Bennecke, *Strafverf.* (Flandre, XII^e, XIII^e s), 1886.

(2) *Extra sermonem regis ponere.* La mise hors la loi résultait d'un acte solennel et judiciaire; les solennités d'usage consistaient dans l'extinction d'une torche, dans le fait de mettre en morceaux un bâton, etc. Brunner, II, 466 (bibl.). Schrœder, p. 77.

(3) *Induciae libertatis.* Gragas, I, p. 83. Saga de Nial (*Hist. de Gunnar*). Sunesen, 132. *Sal.*, 55, 2. *Stadtr.*, de Vienne, a. 1221, c. 1.

(4) La *forisbannitio*, prononcée par le comte et non par le roi, comme la mise hors la loi, emporte le *meziban*, *interdictio cibi.* Cap. 809, c. 3 ; 801-13, c. 13 (I, 148, 172) ; Kiersy, 873 c. 1. A l'époque féodale, le *forbanni* perd la voix et répons en cour; il ne peut ni ester en justice, ni témoigner; ses biens sont confisqués. P. de Font., 13, 6-22. *Jost.*, 3, 6; 19, 37. Beaum., 34, 32; 30, 36; 61, 23. *Olim.*, I, 1016. *Et. de saint Louis*, I, 28 (cf. éd. Viollet,

biens ; mais on n'a pas le droit de le mettre à mort. Dès la fin du neuvième siècle, la *forbannitio* ne s'applique plus qu'à la contumace en matière criminelle. Et, même dans ce cas, on finit par ne plus lui faire produire l'effet qu'elle avait autrefois ; témoin la maxime de Loysel. 871 : *Par le droit ancien de la France, le contumax perdait sa cause, bonne ou mauvaise, civile ou criminelle. Aujourd'hui, il faut justifier sa demande* (1). — De la mise hors la loi se sont détachées, pour constituer des pénalités spéciales, avec d'autant plus de facilité que le droit romain fournisssait ici des précédents : A° la mort (2), l'exil sous ses diverses formes (3), l'esclavage pénal et l'emprisonnement (3) ; B° la confiscation des biens, *missio in bannum regis*, avec effet définitif seulement si on laissait passer l'an et jour sans faire lever le ban (5) ; la tenure d'an et jour, la saisie immobilière ; certaines formes d'engagement n'ont pas d'autre origine. On peut encore rapprocher de la mise hors la loi la **mort civile**

t. I, p. 47). *TAC. Norm.*, p. 98 (éd. T.). Marnier, *Etabl. de Norm.*, p. 123, 128, 182, 195. Ragueau, *h. v°*. — Usage de bannir sur la *hart*, c'est-à-dire qu'on pendra celui qui sera pris en rupture de ban. Beaum., 61, 19. *Art.*, 44, 2. Cf. Tardif, *Procéd.*, p. 149, 156. *BCh*, 2, 99 (Jamin). — L'*outlawry*, en Angleterre devient aussi une procédure contre le contumax. Pollock et M., II, 457. Pertile, § 185.

(1) Chaisemartin, p. 522 ; cf. p. 513 (sauf-conduit).

(2) Brunner, §§ 131, 132 et suiv. (bibl. détaillée). D'Olivecrona, *La peine de mort*, 1868 Peine de mort : pendaison (*bargus, furca, patibulum*) pour les hommes, noyade (*necare*) surtout pour les femmes (XIII°, XIV° s., enfouissement pour des motifs de décence, Tardif, *Procéd.*, p. 155), lapidation, décollation, feu, roue, etc. Brunner, II, 601. Les peines corporelles sont atroces et très variées : *detruncatio* ou *sematio*, course (Tacite, *Germ.*, 19. *Liut.*, 141. *Wis.*, 6, 2, 3. Ci-dessus, p. 61, t. II), verges ou fouet, décalvation (tantôt la tête est rasée de façon à ce que le coupable ressemble à un esclave, tantôt il est scalpé, on lui arrache les cheveux et la peau de la tête), marque au fer rouge, etc. Desmazes, *Les Pénalités anciennes*, 1861. *Rhist.*, I, 84. Notez que les peines varient suivant la condition des personnes (par ex. esclaves, etc.). Pertile, § 192, 181.

(3) L'exil s'entend de l'expulsion du pays, de l'internement, parfois de l'emprisonnement même. Il s'y ajoute souvent la confiscation des biens. *Rib.*, 69, 2. *Capit.*, I, 186, 282, 318. Rôle des forjugés à Metz, treizième siècle. *NRH*, 1880, 371. Pertile, § 184.

(4) Capit., 754-5, c. 1 : *mittatur in carcere usque ad satisfactionem*. Pertile, § 183. Glasson, VI, 698 (la prison est plutôt un moyen de contrainte qu'une peine).

(5) Loysel, 839 : *Qui confisque le corps confisque les biens*. 843. Sur la confiscation des fiefs, cf. *Ass. de Jérus.*, I, 506 (bibl.). P. de Font., p. 292 et 483. Marnier, *Et. de Norm.*, p. 77. Pertile, § 180.

dont il sera question plus loin (1). — Aux idées romaines qui prévalent en droit pénal et en particulier à l'autorité absolue du prince se rattache le principe encore en vigueur au dix-huitième siècle, en vertu duquel le juge, son délégué, peut prononcer des peines arbitraires quand les ordonnances sont muettes (2). D'ailleurs, la législation franque y tendait déjà par une évolution spontanée. L'autorité du roi franc en matière pénale se présente avec ce caractère arbitraire ; manquer au devoir de fidélité dont on est tenu envers lui, expose : 1° à la mise hors la loi dans les cas les plus graves ; 2° au bannissement avec confiscation des biens, si le fait a moins d'importance ; 3° ou tout au moins à une amende. On vit une infidélité au roi dans les délits entraînant la mise hors la loi, dans ceux qui étaient punis d'une peine capitale ; le voleur est qualifié d'*infidelis*. C'est ainsi qu'en Angleterre le délit de félonie est devenu la base du droit pénal (3). Le roi, en cas d'infidélité, avait le droit de faire grâce au coupable ou de prononcer contre lui des peines arbitraires (4) ; celui-ci se trouvait à sa merci (*in misericordiam regis*) (5).

10. — **Des délits en particulier** (6). — Nous nous bornerons

(1) Sur la *Rechtlosigkeit* de la période féodale, cf. Brunner, II, 597, et ci-après, Personnes. Pertile, §§ 185, 187.

(2) Pertile, § 190 et suiv. Glasson, VI, 694.

(3) *Summa Norm.*, 74. Bracton, f. 138, 144 et suiv. Glanville, I, 2. Pollock et M., II, 460 (bibl., p. 446, sur les *Pleas of the crown*). Cf. Glasson, VI, 647.

(4) *Harmiscara* (fr. *haschière*), cf. Grimm, Du Cange, Diez, *h. v* ; ce mot signifie peine en général ; mais on l'a entendu d'une pénalité arbitraire infligée par les Carolingiens au neuvième siècle (Cap. Kiersy, 857, c. 9 ; *talem harmiscaram qualem nobis visum fuerit* ; cf. Table, éd. B. *h. v°*) et surtout d'une peine infamante, comme le port de la selle, qui s'ajoutait à la composition. Capit. 866, c. 9, II, 96. Autres peines infamantes de ce genre : port d'une roue, d'un chien. D'où le proverbe : l'affaire aura le chien. Chaisemartin, p. 501. Cattier, p. 66 (port de la pierre). Michelet, p. 379 et suiv. Pertile, § 186. De très bonne heure, la fantaisie populaire s'est donné ici libre carrière. Témoin ces deux dispositions de la L. Burg., 97 : (qui vole un chien), *ut coram omni populo posteriorem canis osculetur* ou qu'il paye 5 sous au volé et 2 sous d'amende ; 98 : qui vole un autour laissera l'autour lui manger 6 onces de chair sur la poitrine ou payera 5 sous au volé et 2 sous d'amende. Gierke, *Humor i. d. R.*, p. 65. Grimm, *RA*, 711.

(5) Droit anglo-normand ; *amerciamenta*, amendes à payer au roi par celui qui est à sa merci. Pollock et M., II, 511. Sur les *pleas of the crown*, cf. *ibid.*, II, p. 453 (bibl., p. 446).

(6) Brunner, II, 627 et suiv. (bibl.). Grimm, *RA*, 623. Glasson, *loc. cit.* Pertile, § 193 et suiv. (bibl.). — Sur les législ. primitives, cf. Post, II, 318.

à une simple énumération, et encore pour l'époque barbare, c'est-à-dire celle où le droit pénal rentre encore dans le droit privé, au moins jusqu'à un certain point. — 1° Les délits contre les personnes comprennent le meurtre (1), l'homicide, les coups et blessures qu'on peut répartir en trois classes : *a*) mutilation, *mahamium* ou *mehain* (*membrum sideratum*, *mancum*) ; *b*) *sanguinis effusio; c*) *colpus*, *ictus*, d'où résulte une *tumor* ou une *livor* (2). — 2° Les délits contre la propriété sont constitués presque uniquement par le vol (*furtum*, *latrocinium*) (3), que son caractère clandestin distingue de la rapine ou roberie (4) et pour lequel l'*effractura* peut être une circonstance aggravante (5). L'ancien droit oppose le vol flagrant au vol non flagrant (6), ce dernier étant moins énergiquement réprimé parce que le ressentiment du volé a eu le temps de s'apaiser (7). Il distingue aussi les larcins de peu d'importance et ceux qui dépassent une certaine somme, 5 sous, par exemple (8). La violation de domicile se sépare du vol dont elle est souvent une circonstance ag-

Dareste, *Etudes*, p. 23, etc. Loufty, *Action pénale en droit musulman*, 1897.

(1) Ci-dessus, p. 405, t. II. Beaum., 69, 22. Bout., II, 40. *Jost.*, p. 288. — *Encis* (meurtre d'une femme enceinte), *Et. de saint Louis*, I, 27. *Jost.*, p. 279. Bout., II, 40. — Sur l'infanticide et ses rapports avec la puissance paternelle, cf. ci-dessus, p. 102, t. II. Viollet, *Et. de saint Louis*, I, 250. *Summa Norm.*, 35. — Les Coutumes du S.-O. (XIII^e, XIV^e s.) décident que l'homicide sera enseveli vivant sous le cadavre de sa victime. Bord., 21. Agen, 16. Belvès (éd. Vigié), etc.

(2) Du Cange, *h. v°*.

(3) Ci-dessus, p. 225, t. II. — *Add.* Pollock et M., II, 492. Pertile, V, § 203 (bibl.). Glasson, VI, 672. Demarsy, *Du vol*, 1869 (*Rhdr.*, 13 et 15). Molinier, *R. Acad. lég. Toulouse*, 1868, 69. Bouthors, *Cout. d'Amiens*, p. 160. Woringen, *Beitr. z. Gesch. d. d. Strafr.*, 1882.

(4) *Rauba*, *schachum*, *charœna*. Geffcken, *L. Sal.*, p. 229.

(5) *Sal.*, 11, etc. *Screuna*, *escregne* = chambre souterraine.

(6) Beaum., 30, 84, 90, 102; 39, 10; 61, 2. *Ass. de Jér.*, *C. des B.*, 203, 208, 251, etc.

(7) Sur l'interpr. du t. 37 de la L. Salique, *de vestigio minando*, cf. Zycha, *ZSS. GA*, 1901, p. 155. Cet article, qui n'était pas publié lorsque la p. 225, ci-dessus, a été imprimée, apporte sur ce texte obscur des vues nouvelles (difficilement acceptables) : c'est le défendeur (et non le *vestigium minans*, *ille* pour *illi*) qui doit *agramire per tercia manu* quand l'objet a été trouvé dans les trois nuits; après trois nuits, il *peut* agramire, mais il n'y est pas obligé, en supposant que le demandeur se borne à une simple réquisition (*revocare absque interlatio*). Dans les trois nuits, on recherche un objet perdu; passé trois nuits, il y a délit. La *Spurfolge* ou suite à la piste n'est pas un acte de procédure *nécessaire* (arg. tit. 37, § 2; 47; *Rib.*, 33, 72). *Add. ZSS. GA*, 1901, p. 402.

(8) Bout., II, 39. Cf. *Et. de saint Louis*, I, 32 (récidive).

gravante (1). L'incendie est un délit particulièrement grave aux yeux des Barbares (2). — 3° Les délits contre les mœurs, dans la conception primitive, sont plutôt des délits contre la propriété, contre l'adultère, le rapt, le viol, certains cas de fornification, que des délits spéciaux (3). — 4° Il n'en est pas de même des injures, comme celles qui consistent à appeler un homme lièvre ou renard, d'après la loi Salique, une femme sorcière, *striga*, *masca*, d'après la loi des Lombards ; ce sont là des atteintes à l'honneur qui provoquent parfois de terribles vengeances (4). — 5° Quelques délits comme la sorcellerie, l'empoisonnement qui touche de près à la magie, l'enlèvement d'un cadavre, le parjure et le faux, ont une physionomie à part. — 6° Enfin, la haute trahison est surtout un crime contre l'Etat. — Beaucoup de dispositions des coutumes de l'époque féodale rappellent le droit pénal franc (5). Il est à remarquer pourtant que certains de ces délits rentrèrent dans la compétence des tribunaux ecclésiastiques avec quelques autres dont l'ancien droit n'avait pas eu à s'occuper (6) : la fornication, l'inceste, l'adultère, la bigamie (7), les crimes contre nature, le suicide (8), la sorcellerie (9), l'hérésie (10) et l'usure (11).

(1) *Assultura*, etc. *Sal.*, 14, etc. Pollock et M., II, 491. Ci-contre, p. 406, t. II.

(2) Pollock et M., II, 490. Pertile, V, 631. Ci-contre, p. 404, t. II.

(3) Pertile, V, 513.

(4) *Sal.*, 30. *Roht.*, 197, 198. Pollock et M., II, 535. Pertile, V, 615. Glasson, VI, 668. — Dareau, *Tr. des injures*, éd. 1785.

(5) Glasson, III, 554 ; VI, 658.

(6) Cf. Tribunaux ecclésiastiques, t. I. Pollock et M., II, 542. Pertile, V, 434. — Voir Manuels de dr. canon (Lancelot, Héricourt, etc). — Beaum., c. 11, etc. — Kahn, *Le délit et la peine en dr. canon*, 1898. — Sur les pénitentiels, cf. t. I.

(7) Ci-dessus, p. 67, t. I. Capit. 793, c. 34 (concubine).

(8) Glasson, VI, 693. *BCh.*, 1, III, 539. Bouthors, *Cout. d'Amiens*, p. 102. Cattier, p. 96.

(9) Post. II, 395. Brunner, II, 678. Pollock et M., II, 550. Pertile, V, 434 (bibl.). Soldan, *Gesch. d. Hexenprocesse*, 1843. Pollack, *id.*, 1886. Mühlbrecht, *Wegw.*, I, 92; II, 91. Gansen, *Zauberwahn*, 1900 : *Quellen u. Unters. z. Gesch. d. Hexenwahns*, 1901. Riezler, *Gesch. d. Hexenproz.* (Bavière), 1894. Détails dans les livres bien connus de Bodin, De Lancre, Del Rio, Sprenger (*Malleus maleficarum*), Boguet, Remy de Nancy, etc. Cf. à titre de curiosité, la *Démonologie* de Walter Scott, la *Sorcière* de Michelet. *Add.*. Procès de Jeanne d'Arc, par Quicherat. — Scopélisme, cf. Fournel, *Voisinage*, 2, 478.

(10) Cf. L'Eglise et les hérétiques, t. I. *Add.* Pollock et M., II, 543. Pertile, V, 440. Glasson, VI, 683.

(11) Voir ci-après. Glasson, VI, 689.

§ 3. — *Les contrats. — Époque franque* (1).

1. — **Le simple consentement n'oblige pas.** — Quelques vieilles formules ont fait croire autrefois que les Germains avaient révélé au monde moderne la fidélité à la parole donnée (2); c'est une erreur du même genre que celle, un moment si répandue, d'après laquelle la liberté politique aurait été trouvée dans les

(1) Bibliographie. — Cf. travaux sur les lois barbares, par exemple Thonissen, *L. Salique*, etc. — Les éditions récentes donnent ordinairement la bibliographie; cf., par exemple, Geffcken, *Lex Salica*, 1898. — Sohm* *Eheschliessung*, 1875. — Siegel, *Versprechen*, 1873. — Hoffmann, *Entsteh. d. Obligat.*, 1874. — Witte, *ZRG*, 1867. — Sobbe, *Gesch. d. deutsch. Vertragsr.*, 1855; *Reurecht*, *ZRG*, XIII, 209; *Handb.*, § 165 et suiv. — Lœning, *Vertragsbruch*, 1876. — Thévenin, *NRH*, 1879, 323; 1880, 447. — Val de Lièvre, *Launegild u. Wadia*, 1877. — Franken, *Franz. Pfandrecht*, 1879. — W. Sickel, *Bestrafung d. Vertragsbruchs*, 1876. — Brunner, *Rœm. u. Germ. Urkund.*, 1880; *Forschungen*, p. 524 (a. 1877); p. 631 (a. 1878); *Das franz. Inhaberpapier des M. A.*, 1879 (tr. fr. augmentée dans *NRH*, 1886); *Gerichtszeugniss*, dans *Festg. f. Heffter*, 1873; *Carta et Notitia*, dans les *Comment. in hon. Mommsen*, 1877; *Grundz.*, p. 181. — Amira, *Nordgerm. Obligationenrecht* (abrév. : *OR.*), 1882. 1895; *Recht.* 131; *Zwech und Mittel*, 1876. — Esmein*, *Etudes s. les Contrats dans le très ancien droit français*, 1883 (en partie dans *NRH*, 1880 s.). — Kohler, *Shakespeare*, 1884. *Nachwort* (cité par Schrœder, p. 287). — Stouff, *NRH*, 1887 (formation des contrats par l'écriture dans les formules). — Wodon, *La forme et la garantie dans les contrats francs*, 1893. — Siegel, *Handschlag und Eid*, *Wiener Sitzungsber.*, t. 130. — Puntschart, *Schuldvertrag und Treugelöbniss des sächsis, R.*, 1896. — Viollet, p. 589. — Glasson, III, 223. — Beaune, *Oblig.*, 1880. — Schrœder, §§ 11, 35 (bibl.). — Amira, *Recht.*, 131. — Heusler, § 121*. — Huber, § 159. — Pertile, IV, 445. — Salvioli, n° 258. — Pollock et M., II, p. 181.

Sur les législations primitives, Dareste, *Etudes*, 1889. — Kovalewsky, *Coutume contem.*, p. 96. — Post, *Grundriss d. enthnolog. Jurispr.*, II, 616.

(2) Tacite, *Germ.*, 24, à propos des dettes de jeu et de l'esclavage auquel le perdant se soumettait de son gré, dit : *ipsi fidem vocant;* cf. *Ann.*, 13, 54. Mais le culte de *Fides* à Rome n'empêchait pas les Romains d'exiger une stipulation pour rendre le consentement obligatoire. Cf. Carpzov, *Defin. for.*, 2, 19, 17, 8. Glück, *Pand.*, IV, 282. *Sachsensp.*, I, 7. *Schwabensp.*, 11. Cf. Eichhorn, Zœpfl, font des distinctions. — Laurent, *Principes du dr. civ.*, I, 24, et XV, 428, se fait l'interprète du préjugé qui avait cours autrefois, en disant : « le droit coutumier ignore la superstition des formules; il s'est dégagé des subtilités romaines, pour revêtir un caractère d'équité « plus conforme à l'esprit germaniste. » — Sur le formalisme dans l'ancien droit germanique, cf. ci-dessus, p. 309, t. II et les auteurs cités, notamment Heusler et Zallinger; dans la procédure, Brunner, *Entstehung d. Schwurgerichte*, 1872; *Wort und Form im altfranz. Prozess*, 1868 (*Forsch.*, p. 260), tr. fr., *Rev. crit.*, 1871.

bois et les marais d'outre-Rhin. Pas plus en Germanie que dans l'ancienne Rome, les obligations ne se formaient *solo consensu* (1). Le brocard bien connu, *Un homme d'honneur n'a que sa parole*, *Ein Mann, ein Wort* (2), n'eut point d'abord le sens qu'on lui prête aujourd'hui (3). Pour les époques primitives, la seule formule qui convienne est celle-ci : *Promettre et tenir sont deux* (4). Et telle est bien encore, trop souvent, la morale de l'homme du peuple : un engagement verbal ne pèse guère à ses yeux, et il n'éprouve pas de grands scrupules à le violer, lorsqu'il sait qu'on n'a aucun moyen d'action contre lui ; il ne se sent lié que par la foi du serment, par la remise d'un gage, par l'intervention d'un notaire. Transportons cet état d'esprit dans le passé et généralisons-le, nous comprendrons la vieille théorie des contrats. La plupart des transactions ont lieu au comptant. Dans les cas, exceptionnels d'abord, puis de plus en plus nombreux, où les contrats n'emportaient pas exécution immédiate, l'obligation dut s'appuyer, pour se former, sur un élément matériel ou sur un élément formel ; en d'autres termes, il y eut deux sortes de contrats, les **contrats réels** et les **contrats formels** (5). Les premiers ne sont qu'une image de l'acte

(1) Ci-contre, p. 306, t. II et ci-après, n° 12 (bibl.). Cette règle est généralement reçue depuis les travaux de Sohm, 1876. Il y a cependant encore des divergences. Cf., en des sens divers, Siegel, *DRG*, 388. Lœning et Thévenin, *op. cit.* Pertile, IV, 466, soutient que le seul consentement était obligatoire. L'unique texte ancien un peu probant qu'il cite, Ratchis, 1, n'est pas décisif, ci-après, n° 4. Heusler, I, 70. Voy. aussi *Liut.*, 15, 78. Selon ce savant, les formalités en usage, la présence des juges ou de témoins, la rédaction d'un écrit, tout s'explique par des raisons pratiques dont l'action se fait encore sentir dans le droit de notre temps ; les parties y recourent dans le seul but de s'assurer la preuve de leur contrat ; faute de ces formalités ou de ces conditions, le contrat risque non pas d'être annulé, mais de n'être pas prouvé, *Bai*, 15, 12 : *chartae aut testes ut postea non sit contentio.* — Ces causes actuelles ont influé sur le passé, nous le reconnaissons ; mais leur rôle est secondaire dans le très ancien droit ; elles sont impuissantes à expliquer les traits essentiels du régime des contrats.

(2) Ci-après, n° 8.

(3) Chaisemartin, p. 252. — Heusler, II, 227 : qu'on remarque le luxe inouï de précautions prises dans les anciens actes contre la violation de la parole donnée ; à quoi bon si l'on avait pu compter sur le « *deutsche Mannesworl?* »

(4) Loysel, 660. *Bugado prov.*, p. 16 : *as ton dich e ton desdich.* On le disait aussi des Normands. Cf. les formules et les symboles dans les jeux d'enfants, *Mélusine*, I, 29 et suiv.

(5) Distinction exposée tout d'abord par R. Sohm, *Zf. Privatr.*, 1874, 246 ; *Recht der Eheschl.*, 1876, p. 24. Cf. Heusler, II, 228. En sens contr., Lœning

au comptant, une contrefaçon de l'échange. Pour les autres, on les a rapprochés de la stipulation romaine ; mais, à la différence de celle-ci qui, sous sa forme classique, se réduisait au prononcé des *verba*, à l'interrogation et à la réponse, ils comportent à la fois le geste et la parole (*Hand und Mund*) ; la volonté des parties se manifeste aux yeux et à l'oreille, comme il convenait aux habitudes grossières de ce temps. L'ancien droit germanique est donc formaliste dans la théorie des contrats aussi bien que dans celle du transfert de propriété (1) ; il l'est aussi dans la procédure, qui n'est que la mise en action des droits réels et des obligations ; jusqu'au treizième siècle, on y voit appliquer la maxime : *qui cadit a syllaba cadit a tota causa ;* mieux que cela, l'erreur sur une seule lettre peut avoir cet effet ; s'il faut en croire Bracton, renchérissant ici sur la rigueur du vieux droit des Quirites, le simple fait de mal orthographier son nom dans un bref, d'y ajouter *h* (*Bracthon*) entraînerait la perte du procès (2). On n'est jamais allé aussi loin en matière de contrats (3). Mais il n'en est pas moins intéressant d'y noter l'action de cette tendance dont les effets sont sensibles dans toutes les branches du droit, et dont l'énergie croît et décroît selon le milieu et les résistances. Elle tient, ainsi que nous l'avons dit, aux habitudes d'esprit et à l'importance qu'avaient autrefois les actes juridiques, parce que des familles entières, et non des individus, s'y trouvaient engagées (4).

Cette théorie, due à R. Sohm (1876), a été rectifiée et complétée dans ces dernières années (5). On a fait remarquer que

et Thévenin, *op. cit.* Cf. vues de Kovalewsky, p. 110, sur la *Pravda* russe. Ci-après.

(1) Amira, *Recht*, p. 136. Schrœder, p. 59. Usages saxons : *curvatis digitis.*

(2) Bracton, f° 188 *b.* Cet excès de formalisme s'observe surtout dans la procédure anglo-normande. Ci-dessus, n° 1, note 2 inf.

(3) Ci-après, n° 8. Selon Heusler, I, 69, formalisme et symbolisme seraient la création consciente de la classe sacerdotale dans le but de donner au peuple une plus haute idée du droit aussi bien que de la religion. En tout cas, les symboles et les formalités étaient en harmonie avec l'instinct populaire, avec les usages ; nul n'y voyait une gêne, comme on est tenté de le croire aujourd'hui.

(4) Ci-dessus, p. 370, t. II (aliénation de propres). Kovalewsky, p. 96, 108, met en relief l'influence de la communauté de famille sur le droit contractuel. Au fond, le père, comme chef de famille, a seul le droit de faire des conventions. Cf. p. 117 (dr. irlandais : l'engagement que ne ratifie pas la parenté n'est pas obligatoire).

(5) Cf. sur ce point, Heusler, I, 79, 85 ; II, 228, 250. Amira, *OR*, 1, 22 ; 2,

la catégorie des *contrats réels* était de création assez récente; les obligations découlant de cette catégorie d'actes n'étaient tout d'abord que des obligations *ex delicto*, parce que l'on voyait un délit dans la non-restitution de l'objet prêté, de la chose déposée. Pour les contrats formels, qui seraient les plus anciens, on a essayé d'expliquer leur genèse par un système où la conjecture occupe une assez grande place, mais qui a le mérite de rattacher l'obligation contractuelle à l'obligation *ex delicto* et de rendre raison de l'importance des vieilles pratiques du gage et du cautionnement dans la formation des contrats. On part de l'idée que l'ancien droit germanique n'a connu que les opérations au comptant. De contrat engendrant une obligation pour l'avenir, il ne présente pas trace, ce qui se comprend sans peine, car les pouvoirs publics n'étaient pas investis de l'autorité nécessaire pour ramener à exécution les engagements pris par les particuliers. La première obligation *ex contractu* fut celle de payer la composition due à raison d'un délit; celui qui avait été jugé coupable n'avait pas toujours à sa disposition, en plein *mallus*, les sommes nécessaires pour s'acquitter intégralement; il lui fallait rentrer dans sa maison, réunir ses ressources et même recourir à son lignage. On lui permit de gagner du temps, à la condition de fournir à son créancier un gage ou un otage (ce qui est la même chose, car l'otage n'est qu'un gage animé). C'était le payer plutôt que s'obliger envers lui (1). Ainsi nanti d'une chose ou d'une personne sur lesquelles il avait un véritable droit de propriété, le créancier ne courait guère de risque ; s'il n'était point payé à l'échéance, il lui était loisible d'assouvir sa vengeance sur l'otage qui lui avait été remis. Le débiteur eût été déshonoré s'il n'avait pas tout tenté pour délivrer le parent ou l'ami retenu pour lui dans la maison du créancier. Souvent aussi le gage était de telle nature qu'on se faisait un point d'honneur de le retirer (anneau, etc.). On arriva, par cette voie,

45; *Recht*, 131 Puntschart, *Schuldvertrag*, p. 73. — Cf. Brunner, *DRG*, § 102 : *Grundz., loc. cit.* Siegel, *Versprechen*, 1873. — Amira, Puntschart (p. 114) opposent la dette à la responsabilité : qui est responsable d'une dette n'est pas toujours débiteur; qui est débiteur n'est pas toujours responsable.

(1) *Roth.*, 346. *Burg.*, 19, 5; 107, 7. En règle générale, on dut donner une caution, avec un gage fictif, plutôt qu'un gage réel, car celui qui était assez riche pour fournir un gage équivalent à l'objet dû, aurait trouvé plus simple de payer sa dette.

à la conception du contrat obligatoire, de l'obligation contractuelle différente de la primitive obligation *ex delicto* qui se résolvait dans la vengeance ou la composition. Le gage réel cesse d'être indispensable, et l'on se contente d'un gage apparent, le jour où l'on peut compter sur la force publique pour ramener la promesse à exécution. L'otage dégénère en caution et devient moins nécessaire ; le débiteur se sert de caution à lui-même ; s'il n'exécute pas l'obligation, il doit au créancier son corps comme otage, ses biens comme des gages. Le *contrat judiciaire* (1), le seul connu d'abord, se propage et se développe par suite du caractère arbitral des anciennes juridictions ; il dépendait des parties de soumettre leurs différends aux juges, d'accepter leurs sentences, d'accomplir les mesures qu'ils pouvaient prescrire. Dès lors, le jeu de la procédure ne se trouvait assuré que par des contrats de ce genre. Et sur le même type, avec les mêmes formes et les mêmes effets, des *contrats extrajudiciaires* entrent de plus en plus dans l'usage. Le formalisme de la *wadiatio*, la fréquence des gages et des plèges sont des survivances tenaces de ce système primitif. Le mot *engagement* lui-même, dans le sens d'obligation, n'a pas d'autre origine.

2. — Les **Contrats réels.** — Le type de ces contrats est le prêt ; un objet, *res*, est fourni, *praestita*, par une personne à une autre ; l'*accipiens* est tenu de restituer ce qu'il a reçu, et l'on peut dire : *re contrahitur obligatio* (2). Mais le fait de ne pas restituer est un délit donnant lieu à la *faida* ou au payement d'une composition. La même idée s'applique au dépôt que la langue de l'époque barbare ne distingue pas du prêt à usage ou du prêt de consommation ; elle s'applique encore aux concessions de terres à titre de bénéfice ou de précaire (*commendatio*) (3). Le rapprochement de faits aussi divers se comprend sans peine dans l'opinion que nous exposons ; dans tous ces cas, le délit est le même ; il consiste à retenir le bien d'autrui (4).

(1) Brunner, II, 340, 366 : existence, à une date très ancienne, d'un contrat extrajudiciaire destiné à introduire l'instance, *Streitgeding*. Cf. *vadimonium* à Rome. Wodon, p. 58. Cap. 818-9, 15 (I, 284). *Cartae Sen.*, 10. *Form. Tur.*, add., 6, Cf. ci-après, p. 431, t. II.

(2) *Sal.*, 52. *Rib.*, 54. *Bai.*, 1, *Wis.*, 10, 1 ; 13, 14. *Roth.*, 227. *Liut.*, 137. Cf. Kovalewsky, p. 129 : prêt en grains, en bétail.

(3) Kovalewsky, p. 130 (dr. suédois). Cf. précaire romain.

(4) *Qui negligit censum perdat agrum* ; il n'est pas question de contraindre l'*accipiens* au payement du cens. On l'accuse de posséder *malo ordine*.

Par une conséquence très naturelle de cette idée, l'*accipiens* ne restituera que ce qu'il a reçu (1); il ne rendra pas davantage ; le prêt à intérêt apparaît dans un pareil système comme quelque chose d'anormal, sauf pourtant dans un cas, lorsqu'il porte sur du bétail; le croît d'un troupeau est un intérêt naturel dont la restitution s'impose au même titre que celle du troupeau lui-même (2). D'échéance il n'y a guère à se préoccuper; elle arrive quand il plaît au prêteur de réclamer sa chose (3). En pareil cas, la loi Salique, au titre *De rem pristita*, organise contre le débiteur récalcitrant une procédure tendant à lui infliger des peines pécuniaires ; sa résistance est définitivement vaincue soit pas la saisie privée, soit par la saisie judiciaire de ses meubles, comme au cas de *fides facta* (4).

Heusler, I, 395. On le traite à peu près comme un voleur. — Cf. expression romaine : *aes alienum*.

(1) La composition naturelle, en pareil cas, consiste à rendre la chose prêtée; restituer autre chose est une faveur pour le débiteur. Avec l'obligation *ex delicto*, on comprend que l'emprunteur soit responsable des cas fortuits. Cf. maxime suédoise : ce qui est emprunté ne peut être détruit ni par le feu ni par l'eau. Mais on se départit promptement de cette rigueur. Cf. Kovalewsky, p. 133, 141. Serment de non culpabilité du débiteur. Heusler, II, p. 263. La distinction entre la faute et l'accident s'est introduite d'abord pour des cas particuliers (mort naturelle d'un animal, vol à main armée, etc.): on a fini par emprunter au droit romain ses théories sur le dol, la faute, et le cas fortuit. *Roth.*, 138, 152, 178 (*excepto inevitavele causa*). *Wis.*, 5, 5, 1 et s. *Bai.*, 15. *Liut.*, 131. *Sachsensp.*, 3, 5, 3 et s.; 4, 42, 18. *Schw.*, 185, 212.

(2) Cf. droit romain. La L. Sal., 52, ne parle pas d'intérêts. Kovalewsky, p. 133, 136 et suiv., fait remarquer que le système des intérêts prit naissance par suite du prêt de bestiaux. De là le calcul suivant chez les Ossètes : qui prête une vache a droit, au bout d'un an, à la vache et à un veau ; au bout de deux ans, à deux vaches et à un veau (car le premier veau a pu devenir une génisse), et ainsi de suite. Sur cette base, le taux des intérêts s'accroît très vite : le capital est doublé en deux ans. Aussi la question des dettes prend-elle, dans les anciennes sociétés, une extrême gravité. Cf. Celtes, César, *de b. g.*, VI, 15; Romains, Grecs, etc. Ci-après, Usure.

(3) On a vu les Ossètes garder pendant soixante-quatre ans un objet prêté. Kovalewsky, p. 139. Il n'y a pas de prescription dans leur droit. Le temps n'efface pas les injures.

(4) *Sal.*, 52 : à la suite de trois sommations (avec *solem collocari*)) faites par le créancier de sept nuits en sept nuits et emportant chacune, en cas de désobéissance, une amende de 3 sol., le débiteur qui ne veut ni restituer ni *fidem facere reddendi* est condamné à 15 sol. en sus de sa dette. Cf. *Sal*, 45, 2 et 50, 2; 56, 1 (mise hors la loi). Sur ce texte, cf. Geffcken, *L. Sal.*, p. 202 (bibl.). Sohm, *Procéd. de la L. Sal.*, tr. fr., p. 31. Wodon, p. 43. D'après Geffcken, *loc. cit.*, l'expression *culpabilis judicetur* démontre l'intervention de la justice; à la suite de la sentence de condamnation, il n'y a plus place évidemment que pour la procédure d'exécution, c'est-à-

D'ailleurs, si la notion de contrat réel n'apparut point tout d'abord, elle se substitua à celle de délit dès l'époque barbare. L'exemple des lois romaines, la nécessité de tenir compte de la volonté des parties, les changements économiques, tout contribua à ce résultat. Mais ce droit de seconde formation a de la peine à se dégager des règles primitives (1).

La **vente** avait lieu la plupart du temps au comptant ; elle dégénérait en troc, et, par suite, il n'y avait pas à se demander si c'était un contrat consensuel ou réel ; il pouvait en résulter une obligation en garantie, de nature plutôt délictuelle (2). Lorsque l'exécution immédiate n'était pas possible des deux côtés, qu'elle n'avait lieu que de la part d'une des parties, certains textes disent que la vente n'est que commencée (3). Il semble que l'on soit allé plus loin et qu'on ait vu dans l'exécution unilatérale, totale ou même partielle (4), une source d'obligation ; le vendeur qui avait livré la chose vendue pouvait réclamer le prix, et, inversement, il fallait que l'acheteur eût payé le prix afin de pouvoir réclamer la délivrance. La prestation partielle ou même une prestation accessoire, par exemple les arrhes, furent assimilées à la prestation totale (5). Une évolution analo-

dire pour la saisie. Heusler, II, 234 (discussion et bibl.). Keure de Saffelâre (dans Warnkœnig, *Flandr. Staats. u. Rechtsg.*, III, p. 43) : *si debitum solvere noluerit, vel wadium inde dare contradixerit, baillivus debet pandare* (saisir). Formules des baux ; le preneur dit : *si de censu negligens apparuero, fidem exinde faciam atque rem non perdam. Roth.*, 245 : qui a un débiteur le sommera jusqu'à trois frois ; *et si debitum non reddederit aut non conposuerit, tunc debeat pignerare in his rebus quibus pignerare lecitum est.* Cf. Immerwahr, *Kündigung*, 1896.

(1) Thévenin, *Textes*, vis *Prêt*, *Dépôt*. Heusler, II, 247, soutient que, seul, le *mutuum* est devenu un contrat réel ; l'idée de délit a persisté pour le dépôt, le gage, le commodat ; et la vente a constitué un contrat à part (arrhes).

(2) *Sal.*, 37, 47. Cf., à Rome, l'action *auctoritatis*. Girard, *NRH*, 1882-4.

(3) Beyer, *Mittelrh. UB*, n° 6 (a. 636) : *vendere ceperam*. La vente a lieu au comptant. Schrœder, p. 294 (*secùs*, Sohm, *op. cit.*). Id. dans *Rib.*, 59, 60. Insistance dans les formules et les actes à constater le payement du prix. Thévenin, *Textes*. Table. Rozière, *Form.*, I (ventes). Pardessus, *Dipl.*, II, 393, 460, 805, etc. Echange. Pardessus, *ibid.*, II, 440. Lœrsch et Schr., ², n° 22.

(4) *Wis.*, 5, 4, 5 (*pars precii*) ; 5, 4, 3. *Bai.*, 16, 2. Cf. *Burg.*, 52, 3 ; 107, 8. *Roth.*, 215. Cependant le payement du prix total pouvait être indispensable afin d'obtenir la délivrance de la chose vendue. Sohm, *Eheschl.*, p. 26, n. 9. Schrœder, p. 294, part de là pour nier qu'à l'époque barbare la vente soit devenue un contrat réel.

(5) Discussion sur la nature des arrhes, ci-après. Est-ce une réduction de

gue s'est produite pour un contrat étroitement apparenté à la vente, les fiançailles (1). On trouve une autre analogie dans la donation lombarde par *launegild*, qui est une vente simulée (2). La vente serait donc devenue, à un moment donné, un véritable contrat réel avant de reprendre la forme consensuelle du droit romain classique (3).

3. — **Contrat formel** (4). **Fides facta, Arramitio, Wadiatio.** — La loi Salique, au t. 50, s'en occupe sous le nom de *fides facta*; c'est la *fiance* ou *foi jurée* de l'époque féodale (5). Ailleurs, il est qualifié d'*arramitio* (6) et de *wadiatio* (7). C'est par là que l'an-

la prestation contractuelle, un acompte? Est-ce un symbole conférant force légale au consentement? *Wis.*, 5, 4, 4. *Bai.*, 16, 10. Papien, 35. Cf. Dig., 18, 1, 35.

(1) Ci-dessus, p. 14. t. II. *Wis.*, 3, 1, 3. Papien, 27. Cod. Just., 5, 1.

(2) Cf. ci-après, Donations. Pappenheim, *Launegild und Garethinx*, 1882 (*Unters.* de Gierke). Val de Lièvre, *ZSS. GA.* 1883, 15. Schrœder, p. 295. Heusler, I, 84.

(3) *Secùs* Heusler, II, 247, d'après lequel la vente serait devenue un contrat *arrhal* ou conclu par une voie spéciale, la dation d'arrhes, distincte à la fois de la *res* et de la *wadiatio*. Ci-après. Cf. Amira, *OR*, II, 342.

(4) Cette expression présente un double sens : *a*) contrat solennel, c'est-à-dire conclu au moyen de certaines formalités; *b*) acte valable sans cause déterminée et par cela seul que les formalités ont été accomplies (par exemple la stipulation à Rome). Kovalewsky, p. 110. Thévenin, *NRH*, 1880, 77 et suiv., nie l'existence du contrat formel et croit qu'il n'a existé anciennement que des contrats réels. Voir en particulier Esmein et Heusler, *op. cit.* Ce dernier interprète le passage de Tacite, *Germ.*, 24; cf. II, 234, 7. Ci-contre, p. 421, t. II.

(5) Cf. ci-après, p. 432. t. II, Serment. Voir l'allemand *Triuwa* = *fides* (*treva*, *treuga*) *Treugelöbniss* (*promissio fidei*) ou *Wette* désignent la *fides facta*, l'ancienne *wadiatio*. Dans le *Sachsensp.*, I, 7, *loven* signifierait contracter la *fides facta*, et, par suite, ce passage ne ferait pas allusion au principe nouveau de la formation des contrats *solo consensu*. Ci-après, Epoque féodale. Heusler, I, 67.

(6) *Adramire*, *affiramire*, etc. = consolider, garantir, promettre (par exemple de fournir une preuve, un serment). Cf. got. *hramjan affigere*; Schrœder le rapproche de *stipulam affigere*, jeter la *festuca* dans le vêtement. Thévenin traduit à tort *adramire* par tirer à soi, invoquer (une preuve), *NRH*, 1879, 331. Wodon, p. 53. Esmein, *op. cit. Sal.*, 50, 56, 57, 2. Ed. Chilp., 7. *Rib.*, 30, 65, 58, 21; 67, 2. *Alam.*, 36, 3. Capit. 809, 14; 818-9, 15. D. Vaissete, n° 5. *L. Pap. Kar.*, 28. — Les doc. littéraires du moyen âge féodal et les textes juridiques du treizième siècle emploient dans le même sens le mot *arramir*. Godefroy, *Dict.*, *h. v°* Renart, 14515. Chevalier de la Charrette, p. 731. Bataille, arramie = duel gagé. *Ass. de Jérus.*, éd. B., Table, v^is *Duel*, *Bataille*. Beaum., 39, 19 et 74. P. de Font., 22, 105, 25. *Et. de saint Louis*, 2, 26. Ord. des Maiours, *NRH*, 1878, p. 220, 214. Ragueau, Du Cange, *h. v. ZSS.*, 1882. *GA*, 228 Hermann, *Mobiliarvindic.*, p. VI.

(7) Form. Merkel, 39. Thévenin, n° 114. Lindenbr., 19. Bignon, 27. *Bai.*, 2,

cien droit s'est éloigné des actes au comptant pour leur substituer souvent des opérations à crédit, à terme. La *fides facta* consistait dans une promesse unilatérale dont l'exécution était assurée par une procédure spéciale (1) ainsi décrite dans la loi Salique. Le créancier refuse-t-il de payer, il sera exposé à une amende de 15 sous; s'il persiste dans son refus, le créancier l'ajourne devant le *mallus*, et là requiert le *thunginus* de prononcer la formule exécutoire contre celui *qui fidem fecit et debitum debet*; en même temps, il fait connaître l'objet dû. Sur cette sommation, le *thunginus*, sans examen, sans discussion(2), prononce la contrainte; *nexthe cantichio* (3) *ego illo in hoc quod lex Salega ait*. Ceci permet au créancier de passer à l'exécution; il fait défense au débiteur de rien payer à personne et de ne donner aucun gage de payement avant de s'être libéré envers lui.

14, etc. Wodon, p. 51. Cf. l'allemand *Wette* = gage constitué par le débiteur (enjeu); *pfant* = gage saisi, pris par le créancier. Brunner, II, p. 445. L'ôtage apparaît comme un gage dans l'expression suivante : *liber qui se loco wadii in alterius potestatem commiserit*. Cap. 803, c. 8 (I, 114).

(1) Cf. sur l'**acte formel**, la théorie de R. Sohm, *Procéd. de la L. Sal.*, tr. fr., 1873. D'après l'illustre germaniste, cet acte tiendrait le milieu entre les voies de fait et la procédure judiciaire; on pourrait le qualifier de *Selsbsthülfe* régularisée. De nos jours, l'autorité publique dispose seule du droit de rendre justice; il n'en était pas ainsi dans l'ancien droit, où le simple particulier en avait une part; on lui reconnut un pouvoir de coercition par l'emploi de l'acte formel (déclaration verbale accompagnée de certaines formes); la désobéissance à l'injonction qui y était contenue entraînait le payement d'une amende. Sohm exagère peut-être l'importance de l'acte formel, du moins pour la loi Salique, car, ainsi que le remarque Geffcken, dans les t. 50 et 52, où Sohm ne voit qu'une procédure extrajudiciaire, les mots *culpabilis judicetur* impliquent l'intervention du *mallus*, une sentence judiciaire. Cf. procéd. contre l'*homo migrans*. La procédure judiciaire n'aurait donc pas été restreinte à la matière des délits, comme le pense Sohm. Cf. ci-dessus, p. 1202 (procédure à moitié extrajudiciaire et à moitié judiciaire en matière mobilière). Quoi qu'il en soit sur ce point, il est hors de doute que la *Selbsthülfe* et le formalisme ont conservé longtemps une grande place dans la procédure (par exemple ajournement, rôle des parties, sommation aux juges de juger, etc.). Brunner, *Grundz.*, § 9. N. Tamassia, *Arch. giur.*, XI, 2 (1903), *Fidem facere*. Sur les critiques de Thévenin, Behrend, cf. *ZSS.*, 1882, *GA.*, 228.

(2) Il n'y a point de place pour une procédure contradictoire, à raison des formalités de la *fides facta*, dans une opinion très répandue; ou parce qu'il y a eu déjà un jugement, d'après l'observation faite ci-dessus. — Le jugement condamne à payer ou à donner un gage. Rozière, *Form.*, nos 463, 467, 468. Heusler, II, 232, n. 5 (bibl, sur ce point discuté), admet aussi que, dès l'époque barbare, la sentence avait force exécutoire.

(3) *Nexti canthichus* du Cod., 1. Hessels, est traduit par *adstringas* dans la *l. emendata*. Brunner, *DRG*, II, 447. Etymologie, Kern, § 138.

« Les biens du débiteur sont frappés d'arrêt entre ses mains, immobilisés jusqu'au jour où il aura payé. » Ensuite, par trois fois, de semaine en semaine (*per tres nondenas*), il se transporte au domicile du débiteur et le somme de s'exécuter, en l'attendant jusqu'au coucher du soleil (*solem ei collocet*). Chaque sommation restée infructueuse entraîne le payement d'une amende dont le montant grossit le principal de la dette. L'exécution de la *fides facta* sera assurée la plupart du temps par ces moyens indirects de contrainte. Si cependant le débiteur brave cette accumulation d'amendes, le créancier a deux moyens de venir à bout de sa résistance : 1° le premier consiste à saisir lui-même les meubles du débiteur (1); 2° le deuxième, à les faire saisir par le *grafio* du lieu assisté de sept rachimbourgs (2). Il a le choix entre la saisie privée et la saisie judiciaire ; mais il n'en était pas ainsi, sans doute, dans l'ancien droit salique ; la saisie privée était la seule voie qui lui fût ouverte ; il y procédait à ses risques et périls, car si elle était irrégulière, il perdait sa créance et encourait une amende. Il est très probable que la saisie par le gration et les rachimbourgs ne fut introduite dans la loi Salique que par une addition au texte primitif (3).

On se demande comment la *fides facta* permet l'emploi d'une procédure aussi énergique. Selon les uns, ce serait un effet propre, une vertu spéciale de l'acte formel ; du moment où les parties s'étaient conformées à l'usage, le créancier se trouvait

(1) *L. Sal., Capit. extravag.*, 73, éd. Hessels (*de pignoribus*) : qui pratique la *pignoratio sine judice*, avant le *nexti canthichio*, perd sa créance ; si la *pignoratio* n'était pas fondée, il encourt une amende. Sur ce texte, cf. Geffcken, p. 245 (bibl.). On doit en conclure que le créancier, après le *nexti canthichio*, « peut, s'il agit *bene*, procéder en personne, *sine judice*, à la saisie des biens de son débiteur. » Cf. cependant Schrœder, p. 289.

(2) Controv. sur le point de savoir si le § 3 du tit. 50 de la L. Sal. est une continuation du § 2, ou s'il prévoit une hypothèse distincte; depuis Siegel, *Gesch. d. deutsch. Gerichtsverf.*, 1857, § 5, cette dernière opinion est la plus répandue. Wodon, p. 23 et suiv. Geffcken, p. 196. Cf. ci-après, Exécution. — Le promettant qui ne s'exécute pas au jour fixé est considéré comme *jectivus*, et l'on a contre lui la voie de la saisie des meubles. Le mot *jectivus* (cf. *jectare*) s'explique peut-être par le jet de la *festuca*; il avait promis *per festucam*, on constate peut-être de même, *per festucam*, qu'il manque à sa promesse. Brunner, p. 368. *Form. Marc.*, 1, 37; *Tur.*, 33, et *add.*, 6; *Carl. Senon.*, 10, 26; *form. Sen. rec.*, 1. Wodon, p. 38.

(3) Wodon, p. 31 et suiv. (interpr. diverses). Brunner, II, 447, 448, 454 (rôle du grafion). Cf. Heusler, II, 235. *Nexum* romain, Girard, p. 477. ZSS., 1901.

comme armé d'un titre exécutoire ; il lui était loisible d'agir contre le débiteur qui s'était d'avance, en quelque sorte, condamné lui-même ; la *Selbsthülfe* plus ou moins complète lui revenait de droit. D'après d'autres, l'efficacité du contrat formel tiendrait à ce qu'il reposait originairement sur un *judicatum* ; il est clair qu'on ne pouvait pas remettre en question la chose jugée ; force était de passer de suite à la procédure d'exécution. Avec le temps, le contrat formel se serait détaché de son origine judiciaire pour s'appliquer même en l'absence de toute décision de la justice. On sera porté à accepter cette dernière opinion, s'il est vrai que le premier contrat obligatoire ait été le pacte sur la composition fixée par la justice à raison d'un délit.

4. — **Formes et cas d'application de la fides facta.** — La loi Salique nous apprend comment on ramenait à exécution la *fides facta*, mais elle ne dit pas comment ce contrat se concluait, ni dans quel cas il avait lieu. Les termes vagues du titre 50 permettent de supposer qu'on y vise à la fois la *fides facta* judiciaire et la *fides facta* extrajudiciaire ; ils peuvent également s'entendre de l'une ou de l'autre de ces formes (1). Ailleurs, il est question de *fides facta* judiciaire, et tout porte à croire qu'elle a été la première en usage (2), partant que ç'a été la forme type. Elle consistait dans la promesse de payer la composition encourue, c'est-à-dire d'exécuter le jugement. La procédure d'exécution décrite au titre 50 de la loi Salique, *De fides facta*, reposait donc sur un *judicatum*, et c'est ce qui explique pourquoi toute résistance était interdite au débiteur ; il aurait dû s'acquitter sur le champ, quand on l'avait jugé coupable ; on lui avait concédé un délai de grâce, peut-être le délai judiciaire de quarante jours ; le terme arrivé, il n'y avait plus à discuter ; force était de subir la saisie. La *fides facta* fut aussi fréquemment la promesse de fournir la preuve, de comparaître en justice ou d'y faire comparaître quelqu'un (3). Ces contrats judiciaires abondent dans

(1) Aperçu des vues divergentes dans Wodon, p. 40. Behrend, *Festg. . Heffter*, p. 81.

(2) Tacite, *Germ.*, 24, prévoit pourtant la dette de jeu, c'est-à-dire une convention extrajudiciaire ; l'enjeu n'est qu'un gage. — Sur le dr. suédois, russe, cf. Kovalewsky, p. 107. Amira, *OR*, I, 278. Cf. ci-contre, p. 311, t. II (transfert de propriété). Selon Kovalewsky, les *fastars* suédois ne représentaient pas l'assemblée populaire, mais la communauté de famille.

(3) Cf. *Sal.*, t. 56, 52, 57, 2 ; 58. Edit. Chilp., 7. *Rib.*, 58, 5 ; 66. *Sal.*, 36, 1. Pardessus, *Dipl.*, n° 431, 434. *Form. Sen. rec.*, 2. Autres exemplaires dans

l'ancienne procédure : ils furent le biais par lequel on parvint à ramener à exécution les sentences arbitrales des juges primitifs. La *fides facta* extrajudiciaire suivit sans doute de près ces engagements pris en justice (en admettant qu'elle ne soit pas aussi ancienne qu'eux) (1), et, en fin de compte, la procédure décrite par la loi Salique s'appliqua dans tous les cas. La *fides facta* devint ainsi un mode de s'obliger général, applicable à toutes les conventions, comme la stipulation romaine, après avoir été, à l'origine, ce qu'on pourrait appeler un contrat de composition (2).

Sur la forme de la *fides facta*, nous apprenons, par la loi des Ripuaires, qu'elle se conclut *cum festuca* (3) ; d'autres documents confirment cette indication ou nous la montrent se réalisant *per wadium* (4). Il y a là deux modes originairement distincts, mais qui paraissent équivalents et tendent à se confondre, ce qui rend leur caractéristique malaisée à préciser.

Wodon, p. 50. Fréquence de ces contrats à l'époque féodale dans le Midi : *Firmare*, c'est-à-dire s'engager, sous caution, à reconnaître la compétence du tribunal (*posse curiae*), à payer l'amende (*firmare jus*, *directum* ; *fermar per far ley*). Franken, p. 207. Ci-après, Cautionnement.

(1) Pertile, IV, 467, soutient que les contrats les plus importants étaient conclus en justice (de là les noms de *thinx*, *geding*, donnés à la fois aux conventions et aux assemblées publiques) ; *Roth.*, 172, 178, 179 (*fabula*), etc. Grimm, *RA*, 600. Ci-après, Donations. Pour les actes moins importants, on se serait contenté de témoins.

(2) L'Edit de Ratchis, 5, oppos à la *wadialio*, exécutoire de suite, la *stantia* (*convenientia*), qui est *stabilis*, mais dont on ne saurait exiger l'exécution immédiate ; celle-ci suppose un débat judiciaire ; on peut qualifier de *stantia* les contrats réels, la vente, les clauses pénales dans une *carta*. Heusler, II, 239. Pertile, IV, 471.

(3) *Rib.*, 30 : *ejus praesentiam cum fistuca fidem facial* (le maître s'engage à amener son esclave en justice dans quatorze nuits). 71 : *de quacumque causa fistuca intercesserit, lacina interdicatur, sed cum sacramento se edoniare studeat* ; un des effets de l'emploi de la *festuca* est d'interdire tout débat contradictoire ; le défendeur est tenu de se justifier par serment. Cf. Wodon, p. 47 (bibl.). Au tit. 66, on dit simplement *fidem facere* sans ajouter *per festucam* ; ces mots doivent être sous-entendus. Lœning explique le silence des textes en disant que la *festuca* ni le *wadium* n'étaient requis dans les actes extrajudiciaires. Mais cette distinction n'est pas justifiée. Cf. Pardessus, *Dipl.*, n^os^ 418, 431, 434. *Capit.*, I, n° 26, c. 32. Form. Merkel, 27 ; *Sen. rec.*, 1, 2, 3 (*per fistucam adchramire*). Thévenin, *Textes*, n° 107 : *sua festuca jactante ad placitum se afframivit.*

(4) Form. Marculf., 2, 18 ; Lind., 19 ; Bignon, 27 ; Merk., 39. *Bai.*, 2, 14. *Cham.*, 45. *Capit.*, I, 50, c. 2 ; 144, c. 4. Thévenin, n° 167 et Table, v° *Wadium*. — Pertile, 4, 472 : actes du douzième, treizième siècle (*wadiam dederunt, baculum porrigentes*).

5. — La **festuca**, plutôt en usage chez les Francs, n'est pas un rameau d'arbre, mais un bâton, un épieu, symbole de l'arme nationale des Germains, la framée, hampe munie d'un fer étroit et court (1). L'homme libre se rendait au tribunal, c'est-à-dire à l'assemblée populaire, avec ses armes, tenant la framée à la main, prêt à la lancer pour appuyer ses prétentions. Quand les mœurs s'adoucirent, on lui substitua la *festuca*, arme judiciaire, sans fer, analogue à la *vindicta* romaine ; et celle-ci dégénéra à son tour en un objet plus inoffensif encore, le brin de paille, *calamus, stipula*. Le jet de la *festuca*, soit à la terre, soit dans le sein (*in laisum*) de celui avec qui on traite, symbolise assez naturellement l'abandon d'un droit, par exemple le délaissement d'un fonds et, par extension, la transmission de la propriété ; et comme l'arme représente le droit qu'elle sert à faire

(1) Tacite, *Germ.*, 6. *Sal.*, 46, 50. Cf. ci-contre, transfert de propriété. Esmein, p. 36. Wodon, p. 84. Thévenin, *Textes*, *h. v°*, Capit., 6, 285. *MGH. SS*, IV, 124 ; *LL.*, IV, 599 (*actores baculos vadimonii reis restituunt*), etc. Ci-contre, rompre le festu. — Cf. *gaira* chez les Lombards ; ci-après, Donation. Pappenheim, *Launegild und Garethinx*, 1882. — Sur la *stipula*, cf. Du Cange, *h. v°*. *L. Rom. Cur.*, 24, 2. Grimm, *RA*, 187 ; v^is^ *Halm*, *Festuca*. Michelet, *Orig.*, 127-181. Dans la transmission des copyholds on se sert tantôt du bâton, tantôt du fêtu, ci-dessus, p. 351, t. II. — Il suffit même d'un fil du vêtement, d'un poil de la barbe : objets toujours à la portée des parties, tandis qu'à l'audience on risquait de ne point trouver de suite le brin de paille ou le bâton requis pour la procédure, et que cette mauvaise chance avait au moins pour effet de faire encourir une amende. Ord. des Maiours, *NRH*, 1878, 318, 322. Lacomblet, *Nied. Urk.*, 1, 142. *NRH*, 1880, 91. Homeyer, *Hausmarken*, 187. Brunner, II, 519, 354, 366, 369, 444, 435 : *Urk.*, p. 274, Schupfer, *Allodio*, 147. Il est question, dans certains textes (Thévenin, *Textes*, v° *Festuca*), d'une *festuca nodata*, paille noueuse (Wodon, p. 137) ou plutôt *notata*, bâton marqué d'un signe pour le reconnaître ou peut-être portant des caractères magiques, une formule d'imprécation. Cf. baguette magique. Michelsin, *Festuca notata*, 1856. Schrœder, p. 292. Heusler, I, 76, qui argumente en ce sens de Tac. *Germ.*, 10 (*surculi notis quibusdam discreti*), et du fait que la *festuca* est souvent un petit morceau de bois. D'après lui, ces signes ou *runes* servaient aussi à individualiser le bâton, à permettre de le reconnaître, car c'était la même *festuca* qui devait servir à exiger l'exécution (Sal., 50) et qui était remise à la caution dans le même but, c'est-à-dire pour arriver à l'exécution sur le débiteur principal. Ci-après, Cautionnement. Aux *runes* devenues inintelligibles on substitua des signes ou chiffres représentant peut-être le montant de la dette. La baguette était rompue en deux parties que l'on rapprochait l'une de l'autre, s'il faut en croire Isidore de Séville, *Orig.*, 4, 24 (ci-contre, p. 413, t. II), afin de les reconnaître ; on trouverait là le prototype des chartes-parties. Ces vues sont presque trop ingénieuses pour être vraies, mais c'est dommage. Sceptre du roi, verge de l'huissier, bâton de l'ambassadeur.

valoir, il n'est pas étonnant qu'on soit passé du jet dans le sein de l'acquéreur à la remise de la main à la main (1). Le prononcé de paroles appropriées, — très anciennement elles durent être sacramentelles (2), — en tenant la *festuca* à la main ou en la jetant, était aussi un mode solennel de s'engager. Mais ici le symbolisme est obscur et confus. On n'a pas trop de peine à comprendre comment le jet de la *festuca* peut signifier renonciation à un droit, par exemple au droit de vengeance. Mais pourquoi emporte-t-il obligation de faire ? Celui qui l'opérait voulait-il dire par là qu'il se livrait sans défense à l'autre partie (3)? En lui remettant la *festuca* (4), se plaçait-il sous sa puissance? L'affirmation, en tenant la *festuca* à la main, serait-elle une sorte de serment païen sur les armes ou une survivance de ce serment (5)? Ou enfin faut-il ne voir dans la *festuca* qu'un gage

(1) Ci-contre, p. 319, t. II. *Add.* Wodon, p. 84. Grimm, *RA.*, 128. *Rib.*, 33, 66.

(2) Heusler, I, 71. Cf. ci-après, n° 8.

(3) Wodon, p. 121. Quand les parties mettaient fin à la guerre privée, elles devaient désarmer, renoncer au droit de vengeance, et pour cela le jet de la *festuca* était le plus naturel des symboles. Après cela, elles s'engageaient à respecter la sentence du juge auquel elles soumettaient leur différend. Ces deux actes simultanés étaient à peu près indivisibles. De là serait venue l'obligation *per festucam*. Cf. ZSS., 1882; *GA.*, 228.

(4) Thévenin soutient que la *festuca* était toujours tenue à la main ou jetée, jamais remise. Mais il nous semble exagérer la distinction entre le fait de jeter la *festuca* dans le sein de quelqu'un et celui de la lui remettre de la main à la main, ce qui s'est produit tout au moins à une certaine époque en matière de transfert de propriété et en matière d'obligations. Cf. D. Vaissete, *Preuves*, n° 109. Brunner, II, 356. On constitue un mandataire *ad litem* par une déclaration, la *festuca* à la main, suivie du jet de celle-ci au mandataire, ou encore on met une baguette dans sa main (acte de 1035). *Laisowerpire* = jeter dans le sein. Cf. Kern, dans Hessels, *h. v°*. Chez les Scandinaves, la *gaira* ou le bâton tendus par une partie sont touchés par l'autre avec son arme ou avec la main (*manufirmatio*). — Evidemment, la *festuca* ne pouvait être que jetée en cas de renonciation à un droit. *Cap.*, VI, 285. Esmein, p. 36. Le moine renonce au monde en déposant la *stipula*. Du Cange, v° *Investit*, cite le roman de Garin : *par cest baston vos en fais le present* (de la terre). Thévenin, n° 137. *Form. s. Roth.*, 143. *MGH. SS*, IV, 124 : les *proceres* déclarent qu'ils ne seront plus soumis à Charles le Simple en jetant la *festuca*. Grimm, *RA*, 123.

(5) Tel était peut-être le cas dans la L. Sal., 50, 3; le créancier tient la *festuca* et prononce une formule : *adprehendat fistucam et dicat verbum*. — Cf. Caesar, *De b. g*, 4, 11 : *jurejurando fidem facere*; 1, 3 : *fidem et jusjurandum*. Grégoire de Tours, *H. Fr.*, 5, 3, et *de gl. conf.*, 68, ne distingue pas le serment et la *fides*. Serment de fidélité du vassal ; à l'époque féodale, foi et hommage. Heusler, I, 78. Ci-dessus, p. 260, n. 3, t. II. Puntschart, p. 487.

sui generis? Elle est employée comme *wadium* à l'époque franque ; mais il est douteux que ce soit là sa fonction originelle.

6. — Le **wadium** (1) (ou la *wadia* chez les Lombards) (2) consiste dans un objet quelconque, comme un gant (3), que le débiteur remet au créancier. Il était usité de même que la *festuca*, mais moins souvent, cependant, pour le transfert de la propriété (4). Que fut, à l'origine, le *wadium*? Très probablement un gage réel, c'est-à-dire un objet ayant une valeur en rapport avec la dette qu'il garantissait ; valeur supérieure à celle de la chose due, et alors l'intérêt était le mobile qui portait le débiteur à payer pour le retirer ; valeur inférieure, mais dans ce cas le gage consistait dans un objet ayant pour son propriétaire une valeur d'affection ou de convention, de sorte que son abandon définitif devait lui répugner ou passer pour peu honorable (5). L'usage d'adjoindre une fidéjussion à l'engagement principal permit de se contenter pour *wadium* d'un objet quelconque, par exemple d'un morceau de bois, de la *festuca* elle-même (6), ou même de se passer du *wadium*, quoique la lo-

(1) Val de Lièvre, Thévenin, *op. cit.* Franken, p. 213. Heusler, II, 242. Brunner, § 102. Esmein, p. 35. Grimm, *RA*, *v°* *Wette*.

(2) *Wadium*, *guadium*, etc. (got. *vidan* = lier). Du Cange, *h. v°*, *Roth.*, 360 et suiv. *Liut.*, 15. *Bai.*, 2, 15, 3; 10, 2, 3; 17, 2. *Alam.*, 36, 2. *Fr. Cham.*, 48. Rozière. *Form.*, 465, 511, etc. *NRH*, 1880, 69. Les Cout. de Milan, 1216, assimilent la stipulation et la *guadiae datio*.

(3) Jeter le gant, ramasser le gant. Les gages de bataille dans le duel judiciaire. Application prolongée à cet acte de la vieille procédure du mode archaïque de formation de l'obligation. Cf. Duel judiciaire, t. I. Gaudenzi, *Dig. ital.*, v° *Campione d'armi*. Loysel, 808-819 (bibl.). Patetta, *Ordalie*, 1890 (bibl.). Hildebrand, *De purgatione vulgari* 1847. Pertile, V, 507. Ducoudray, *Orig. du Parl.*, p. 375. Pfeffer, *Z. f. rom. Philol* , IX, 29 (formalités du duel judiciaire d'après les chansons de geste).

(4) Il a lieu *per wadios et andelangos*, même chez les Francs.

(5) Cf. Wodon, p. 99, 143. A ses yeux, la *wadialio* serait un payement partiel, symbole de la prestation à venir. Il montre l'opposition établie par les textes entre le *wadium* et le *pignus*, gage conventionnel ou saisi d'autorité privée. Si le *wadium*, dit-il, eût été un gage réel, il aurait consisté en meubles et, à une époque où la monnaie était rare, aurait été un payement ordinaire ; or on suppose que le débiteur ne peut pas faire de payement immédiat. Cette observation est juste, mais rien n'empêche de supposer que le *wadium* consiste dans un objet comme dans une arme, un vêtement, dont on ne veut pas se défaire, qu'on se réserve de retirer. Si la *wadiatio* avait été un payement partiel, le *wadium* aurait toujours été une pièce de monnaie, au moins à l'époque où le payement s'est effectué surtout en argent. D'ailleurs, il y a des textes comme le *Cap. add. L. Rib.*, c. 3, où le *wadium* est un gage réel. Cf. Kovalewsky, p. 110.

(6) D. Vaissete, III, n° 64 (a. 971), Preuves : le défendeur rend la chose

cution assez fréquente de *gage et plège* témoigne de la connexité des deux sûretés (1).

7. — La nécessité d'une **garantie** pour rendre la convention obligatoire dans le très ancien droit (2) n'est pas seulement attestée par la fréquence des gages réels (3) et des fidéjussions (4); elle résulte de la procédure même de la *wadiatio* qui montre soudés l'un à l'autre le cautionnement et l'engagement principal, puisque le *wadium* remis par le débiteur au créancier passe immédiatement (5) des mains de celui-ci entre celles du fidéjusseur (6). La *festuca* est employée de la même façon. L'Edit de Chilpéric, c. 6, témoigne à la fois de la stricte nécessité de la garantie et de la possibilité d'éluder la règle : un accusé est tenu de promettre de subir l'épreuve de l'eau bouillante ; s'il ne trouve personne qui fasse foi pour lui, c'est-à-dire qui veuille lui servir de caution, qu'il tienne la *festuca* de la main gauche et la présente de la main droite (au créancier), devenant ainsi sa propre caution (7) ; ou peut-être qu'il présente sa droite au

qui lui est réclamée *per guadium suum, i. e. per festucam de vites* (par le sarment). *Form. ad. Roth.*, 232. 362. Dans la form. du onzième siècle, *Qualiter vidua salicha spondetur*, la *festuca* et le *wadium* ne se distinguent pas : *actores baculos vadimonii reis restituunt*, Canciani, II, 476.

(1) *Cout. de Looz*, I, 39 : celui qui est convaincu d'un délit doit payer ou donner un gage avant le coucher du soleil; ce gage peut consister dans un pfennig ; mais il faut aussitôt fournir caution (*Anc. Cout. de Belgique*).

(2) Ci-dessus, p. 423, t. II *Bai*, 15, 11. Beaum., 34, 58. Dareste, *Et.*, p. 13, 113.

(3) De là les expressions : engager, dégager; on dit un engagement pour dire une obligation. Cf. serviteur à gages. Cf. gages de bataille. *Wadiate pugnam*, lit-on dans les formules lombardes. Dr. anglo-saxon : *wed* et *borh* (plège).

(4) *Fermansa*, engagement avec caution, dans le midi de la France, à l'époque féodale. Franken, *Pfandr.*, p. 217. Du Cange, v° *Firmancia*. *Bai.*, 15, 11. Ratchis, 5 (*causa quae per wadia firmatur*). La plégerie est une obligation du vassal à l'époque féodale. Formule angl. : *pone per vadium et salvos plegios*. Pollock et M., II, 183.

(5) Sauf chez les Lombards : trois jours. *Roth.*, 360. *Liut.*, 15.

(6) *Sal. Extrav. B.*, c. 6, éd. Hessels, p. 421. Geffeken, p. 284. Brunner, I, 303. Esmein, p. 35. Wodon, p. 61. Association du *wadium* et des fidéjusseurs dans *Alam.*, 36, 3. *Bai.*, App., 4. *Roth.*, 360, 366. *Liut.*, 36 et suiv., 61, etc. *Fr. Cham.*, 16, 48. *F. Turon*, 32. Thévenin, n° 96 Pardessus, *Dipl.*, n° 424. Dans les sources italiennes, la fidéjussion s'appelle *vadimonium* ou *guadimonium*.

(7) Wodon, p. 141. Geffeken, p. 271 (bibl.). Schrœder, p. 291. Si l'on avait voulu reproduire le symbolisme de la fidéjussion, le débiteur aurait remis la *festuca* au créancier avec la main gauche et l'aurait reprise avec la main droite. Si le débiteur se donne *loco wadii*, à quoi bon tenir la *festuca* de

créancier pour lui remettre sa personne en gage (*semetipsum in wadio dare* (1). C'est ainsi que l'on passe de l'obligation-garantie à l'obligation personnelle (2). Déjà la *fides facta* de la loi Salique ne met en présence que le créancier et le débiteur; il n'est question, au tit. 50, ni de gage ni de caution ; s'il y en avait eu, on aurait sans aucun doute fait allusion à eux. Dans l'usage, il dut s'introduire de bonne heure des mesures contre le débiteur lui-même, mesures que la mort de l'otage ou la perte du gage pouvaient justifier.

8. — **Conséquences du formalisme** (3). — Le formalisme a pour effet d'obliger le juge et les parties à s'attacher strictement aux paroles et aux actes, en laissant de côté les questions d'intention. Ou, pour parler plus exactement, dans un droit formaliste, la volonté n'a d'existence légale que dans la mesure où elle est exprimée par des actes et des paroles ; elle s'incarne dans son expression matérielle (4) ; on n'est lié que par ce qu'on a dit, mais en revanche on est lié par tout ce qu'on a dit. Une fois la parole émise, si imprudente, si *nice* soit-elle, on ne sau-

la main gauche, puis l'offrir de la droite? Il suffisait de la présenter de cette main.

(1) *Cap. leg. Rib. add.*, c. 3 : *Homo ingenuus, qui multa quolibet solvere non potuerit et fideiussores non habuerit, liceat ei semetipsum in wadium ei, cui debitor est, mittere, usque dum multa, quam debuit, persolvat.* Cf. autres textes cités par Wodon, p. 74. Le *Cap. de part. Saxon.*, c. 27, déclare que les biens de celui qui ne trouve pas de fidéjusseur seront mis *in forbanno*. Ce sont là, sans doute, des dispositions plus douces que les anciens préceptes; autrefois, celui qui ne trouvait pas de fidéjusseurs et ne pouvait payer sur-le-champ, tombait au pouvoir du créancier, même s'il était solvable. — Sur la *Selbstbürgschaft* ou cautionnement de soi-même, cf. Cap. 818, 6 (I, 282). Lœrsch et Scrœder [3], n° 180. Gaudenzi, *Atti d. Romagna*, 3 *et* suiv., III, 25. Ci-après, Cautionnement.

(2) La **solidarité** est une garantie analogue à la fidéjussion. Elle se présente naturellement en cas de composition due par les coauteurs d'un délit; chacun d'eux doit la totalité de la composition, de sorte que si l'un meurt ou devient insolvable, le créancier n'en souffrira pas; mais c'est là son seul bénéfice; il n'a le droit d'exiger que le montant d'une seule composition (*una res vertitur*), car elle est le prix de la paix. Même solution au cas où les coauteurs du délit se seraient astreints par contrat à payer *una, pariter, in solidum*. Mais cette situation n'est pas réglée avec précision, dans le droit barbare. V. cependant ci-dessus, p. 406, t. II, n. 5. *Roth.*, 12, 138, 263. *Liut.*, 107. Heusler, II, 259.

(3) Ci-dessus, p. 422. Brunner, *Wort u. Form.* Grimm, *RA.* Heusler, I, 60.

(4) Sur la mentalité, la langue juridique du moyen âge, voir les *Weistümer* allemandes, les *fazañas* espagnoles, les proverbes. Ida de Dühringsfeld, *Rec. de proverbes*, 1896. Heusler, I, 65. Günther, *Recht u. Sprache*, 1898.

rait la rappeler. C'est là le vrai sens de l'adage allemand : *ein Mann, ein Wort*, et il est singulier qu'on ait pris pour une preuve de liberté ce qui n'est que l'expression d'un formalisme rigide. Rapprochons-en le brocard français : — Comme les bœufs par les cornes on lie, — ainsi les gens par leurs mots font folie (1). Celui qui, par mégarde, a promis plus qu'il ne voulait, qui s'est trompé dans ses déclarations, est pris au mot. Il ne saurait se rétracter. Erreur ou même dol, bonne ou mauvaise foi sont choses indifférentes. La régularité matérielle de l'acte importe seul. Elle résultait de l'emploi de solennités (2) ou symboles (3) et de formules consacrées par l'usage ; et si l'existence des premières est hors de doute, divers indices permettent de conjecturer que les paroles sacramentelles n'étaient pas inconnues au très ancien droit (4) ; du moment où le geste était réglementé, il eût été surprenant que la parole fût libre. Il va sans dire qu'on ne tarda pas trop à se relâcher de la rigueur primitive. Les questions d'intention se posèrent en matière de contrats comme en matière de délits. Si les lois barbares ne semblent pas tenir compte de l'erreur, le dol y apparaît déjà comme une cause de nullité des contrats (5). Par la suite, comme on le verra, le formalisme fut délaissé pour sa rivale, l'écriture (6) ; il commença par n'être plus qu'un luxe pour devenir une gêne dont il fallut se débarrasser. A partir de ce moment, c'est-à-dire au moins depuis le treizième siècle, l'influence romaine et celle du droit canon conduisirent aux théories modernes.

(1) Loysel, 357. Cf. Procédure féodale, t. I. Cf. Frib. en Br., 39.

(2) Fréquemment elles avaient commencé par être des actes de caractère pratique ; le temps les avait reléguées au musée du cérémonial. Par exemple, le fait de mesurer la largeur du chemin avec une lance placée en travers de la selle d'un cheval : moyen simple de s'assurer que la voie est libre et suffit pour le passage d'un cavalier. *A fortiori*, la présence de témoins *ad solemnitatem*.

(3) Symbolisme, par exemple dans la recommandation (la main dans la main), dans la tradition (ci-contre), dans la renonciation par la veuve aux biens du mari (ci-après), dans la mise sous puissance par la coupe des cheveux et de la barbe. Au treizième siècle, ce symbolisme est en pleine décadence. Declève. *Curiosités du formalisme dans les actes et les contracts* (*Mém. Soc. sciences Hainaut*, 1891). Viollet, p. 602 : Juifs de Metz, attouchement de l'habit pour former le contrat. Ruth, IV, 7.

(4). L. Sal., 50, 3 : *adprehendat fistucam et dicat verbum*. Formules du Cartulaire lombard, Serment. Paul Diac., 1, 13 : *Sanciunt* (les Lombards) *libertatem) per sagittam, immurmurantes patria verba*.

(5) *Bai.*, 15, 9. *Roth.*, 230.

(6) Ci-après, n° 9. Heusler, I. 75, n. 7 (investiture *per adscriptionem*).

9. — **Formation des contrats par l'écriture** (1). — C'est de la pratique romaine que vient l'usage des actes écrits, mais, à l'époque barbare, cet usage ne persista point purement et simplement; il subit une déformation d'autant plus naturelle qu'elle avait été préparée de longue date. — A Rome, dans le droit de l'époque classique, l'écrit constatant un contrat était un simple moyen de preuve. Ainsi, quand une stipulation avait eu lieu, le promettant se trouvait obligé, en vertu de la *solemnitas verborum*, de l'interrogation et de la réponse, nullement à raison de la *cautio* qui la relatait. Mais, si la théorie était très ferme sur ce point, la pratique donnait plus d'importance à l'écrit. Du temps de Paul et d'Ulpien, des concessions lui ont été faites, en particulier à propos de la stipulation, et ce fait est d'autant plus notable qu'il n'y avait, pour ainsi dire, pas de contrat qui ne se terminât par la clause *rogavit promisit*. La stipulation passa à l'état de simple mention écrite, de clause de style ; si un acte constate que le débiteur a promis, ou sous-entend que le créancier a stipulé (2) ; très probablement, même avant Justinien, l'acte dressé entre présents et mentionnant la stipulation, ne pouvait pas être attaqué sous prétexte que les *verba* n'avaient pas été prononcées en réalité (3). La stipulation tendait donc à être absorbée par la *cautio* à laquelle elle conférait son efficacité (4). — Les *cartae* de l'époque franque (5) ressemblent aux actes romains (6) ; ainsi l'on y trouve invariablement la clause finale *stipulatione subnixa* (7). Convaincus que la loi romaine

(1) Cf. Actes et formules, t. I. Brunner, *op. cit.* et *Carta et Notitia* dans les *Comm. in hon. Mommsen*, 1877. Esmein, p. 16. Stouff, *NRH*, 1887, 249. Franken, *Franz. Pfandr.*, § 18. Pertile, IV, 469. Heusler. I, 86. Schrœder, p. 293 (bibl.). Pollock et M., II, 190.

(2) Paul, 5, 8, 2. *Dig.*, 45, 1 ; 134, 2.

(3) *Inst. Just.*, 3, 19, 12.

(4) Sur cette évolution, cf. outre Brunner et Stouff, Girard, *Manuel*, p. 484, Seuffert, p. 23 (bibl. et discussion).

(5) La *notitia*, *breve* ou *memoratorium* sert surtout à retrouver les témoins de l'acte, p. ex. l'acheteur d'un fonds fait dresser un acte constatant qu'un tel le lui a vendu. Dans la *carta*, c'est l'auteur de l'acte qui parle (vendeur, promettant *ego per hanc cartulam venditionis trado, per hoc vinculum cautionis spondeo prestitum redditurum*, etc.

(6) Brunner, p. 131. Esmein, *NRH*, 1886, 1.

(7) Haenel, *L. Rom. Vis.*, p. 368 et suiv.: *stibulacio omnibus pactis subjicienda. Cautiones* romaines dans Girard, *Textes*, p. 738 et suiv. Actes de l'époque franque. Thévenin, *Textes*, p. 261. Rozière., *Form.*, n. 47, 51, 63, etc. Stouff, p. 285. A noter la clause : avec la loi

exigeait que les contrats fussent rédigés par écrit (1), confondant l'enregistrement à la curie avec la rédaction écrite (2), séparant mal la question de preuve de celle de l'existence du contrat (3), voyant dans la *carta* la stipulation romaine et lui attribuant la *firmitas inconvulsa* de celle-ci (4), les rédacteurs des actes de l'époque barbare crurent que c'était par l'écrit que se formait le contrat (5). On s'oblige *per cartam* (6) comme par la *festuca* ou le *wadium* (7). et. l'influence germanique agissant, ce n'est pas seulement la rédaction de l'acte qui est prise en considération, c'est sa remise matérielle au créancier. La *traditio cartae* constitue d'autant plus aisément un acte formaliste que l'écrit était loin d'être envisagé par les Barbares comme il pourrait l'être de nos jours (8). Pour le Barbare, l'écriture est suspecte ; dans ces caractères qui sont pour lui des hiéroglyphes, il redoute toujours de trouver des pièges ; nous disons : le papier souffre tout ; de même un avoué allemand auquel on oppo-

Arcadiana ou avec la stipulation de la loi *Aquilia* qui donne à toutes les chartes leur fermeté. Cart.de Redon, p. 260. Rozière, n° 324, 245. Brunner, p. 246, 225 (*subscriptione subnexa*, confusion de la stipulation et de la souscription). Stouff., p. 273. Pardessus *BCh.*, 1840, 432. Zœpfl, *Alt. d. d. R.*, II, 345. *ZSS. GA*, 1881, 115 ; 1883, 113. Del Vecchio, *S. claus. cum stip. subn.* dans les *Studi* offerts à Schupfer. — Cf. à la suite de la renaissance du dr. rom. *Olim*,, III, 917, 78 (a. 1314). Ex. en Angleterre (Lombards), Pollock et M., II, 191.

(1) Rozière n°s 122, 220. Autres ex. dans Stouff, p. 280. L'Eglise et même la Coutume se trouvent souvent associées à la loi romaine. La pratique cherche ainsi à se justifier en se mettant sous le couvert de hautes autorités.

(2) Stouff, p. 282. Cart. de Cluny, 725, etc. *Bch*, 1860, 440.

(3) *Bai.* 15, 12. Stouff, p. 284. — Cf. Bracton, f. 100.

(4) *L. Rom. Cur.*, 24, 2 : *causa sine scripto et sine fidejussore per stipulam finire.* Marculf, II, 10 et suiv. App. Marc., 50 et suiv. Karsten, p. 180.

(5) *Wis.*, 5, 4, 3. *Bai.* 15, 13. Esmein, p. 16. Cf. *Rib.*, 37. *L. rom. Cur.* 2. 29. *Ed. Theod.*, 52. — Confusion du contrat et de la charte qui s'appelle *traditio*, *donatio*, etc. (à la différence de la *notitia traditionis*, etc.), qui est conçue ainsi : par cette charte je vends, etc. Roz., 368, 372 : *spondeo per hoc vinculum cautionis.* La charte est placée souvent sur la même ligne que la *festuca* ou le *wadium*, sans doute parce qu'elle a la même efficacité : on fait tradition par le rameau ou par la charte, etc. Brunner, p. 110. Stouff, p. 278. Roz., 242. Cart. de Cluny, n°s 100, 822, etc.

(6) Ne faut-il pas voir des contrats *per cartam* dans ces pactes avec le démon signés du sang de celui qui lui vendait son âme. Ci-dessus, p. 419, n. 9, t. II.

(7) Cf. cep. Heusler, I, § 19 et II, p. 238 (la *carta* ne remplacerait pas toujours le *wadium* et n'emporterait pas force exécutoire).

(8) Cf., pour l'époque romaine, Huvelin, *Tablettes magiques*, 1900.

sait un diplôme royal, au douzième siècle, se moquait de ceux qui lui présentaient cet acte en leur disant que la plume du scribe avait toute facilité pour inscrire sur le parchemin ce qui lui plaisait. L'ignorance et la défiance qui l'accompagnent ne durent pas peu contribuer à rapprocher la *carta* des symboles matériels en usage pour le transfert de la propriété et la formation des contrats. Romains et Barbares s'unirent ici dans une pratique commune (1). — Les garanties comme la fidéjussion et le gage sont remplacées dans les chartes par les **clauses pénales** (2). Déjà fréquentes à Rome, celles-ci ont pris dans les documents de l'époque franque une importance toute nouvelle (3). Elles représentent la composition pécuniaire due pour tout délit. Pour plus de sûreté, le fisc est intéressé dans l'affaire, *sociato fisco*; il reçoit une part de la *poena* et exige le payement de la totalité, un peu comme il contraint l'auteur d'un délit au payement de la composition dont une part lui revient. Enfin des imprécations et des malédictions, vraies clauses pénales spirituelles, s'ajoutent à l'acte pour corroborer les autres sûretés (4).

§ 4. — *Les contrats. — Epoque féodale.*

1. — **Persistance du droit de l'époque franque.** — Le droit de l'époque franque subsiste dans ses traits essentiels durant les premiers siècles de la féodalité; mais, à partir du treizième siècle, il se déforme et disparaît pour faire place aux institutions modernes; des causes diverses agissent dans ce sens et

(1) En divers lieux, par exemple en Angleterre, dans le sud de l'Italie, on attache au pied de l'acte un fétu, un couteau.

(2) Ex. de ces clauses dans Thévenin, *Table*, p. 260. Sjögren, *Conventionalstrafe*, 1896 (c. r. dans *ZSS*, 1896, *GA*, 176; 1897, *RA*, 300). Bluhme, *Bekräftigungsformeln*, Jahrb. de Bekker, 1859. R. Löning, *Ueber Ursprung u. Bedeut. d. Strafklauseln*, 1875 (reprod. dans *Vertragsbruch*, p. 534). Heusler, II, 238, 241. Stobbe, *Handb.*, § 174. Pertile, IV, 503. Elles se font plus rares au cours du onzième siècle. Beaum. y consacre pourtant son c. 42. De son temps elle devait servir à indemniser le gagnant des frais du procès, car, en Cour laie, le perdant n'avait pas à les rembourser (33, 1, et 43, 40) comme cela eut lieu après l'Ord. de janv. 1324, *Victus victori* (Cf. *Et. de saint Louis*, I, 93. *Olim*, III, 2, 1068. Ord. déc. 1254, 29. Code Hermog., 5, 3), et comme c'était déjà l'usage dans les Cours d'Eglise. Loysel, 859.

(3) *L. Alam.*, I, 2.

(4) Thévenin, *Table*, p. 261. Giry, *Dipl.*, p. 563.

contribuent à ce résultat : influence des idées religieuses, action plus énergique de l'Etat permettant plus de liberté dans le mécanisme des contrats, changements économiques qui font de cette liberté un besoin, d'une manière générale, forces qui orientent la législation vers le droit romain.

2. — **Contrats re** (1). — Les Coutumiers du treizième siècle renferment encore des traces de la nécessité de la prestation d'une chose pour la formation de certains contrats (2). Ainsi, d'après la Coutume de Montpellier de 1204, la vente, ce type des contrats consensuels romains, ne peut se former que *re* (ou moyennant la paumée) : *emtio non valet sine palmata vel sine solutione pretii particulari vel universali vel sine rei traditione* (art. 100). Les Assises de Jérusalem, Cour des bourgeois, c. 27 et s., donnent à entendre que les parties peuvent se dégager tant que l'une d'elles n'a pas exécuté ; une fois l'exécution commencée, par exemple si l'acheteur a payé un sou sur le prix de vente, ce n'est plus possible (3). Le livre de Jostice constate qu'en cas d'inexécution, dans la vente, le louage, le prêt, le débiteur se libère par son serment ; il en est autrement s'il a reçu la chose (*si le chatel y fut*) ; le duel judiciaire s'impose (4). Les hésitations de nos anciens coutumiers en cas de ventes successives à deux personnes différentes témoignent du flottement de la pratique entre les deux conceptions, l'ancienne d'après laquelle la vente était un contrat réel et la livraison décidait du droit de l'acquéreur, la nouvelle qui en fait un contrat consensuel et qui peut attacher moins d'importance à la livraison (5). Il n'est pas jusqu'à la maxime : *Donner et retenir ne vaut* qui n'atteste la ténacité avec laquelle la vieille idée de la nécessité de la *res* pour

(1) Esmein, p. 21. Franken, p. 70. Glasson, VII, 588 et suiv. Cf. Dareste. *Etudes*, p. 45 (dr. israélite) ; 7 (Egypte).

(2) Glanville. 10, 14. Glasson, *Inst. de l'Anglet.* ; II, 307. Pollock et M., II, 191 et suiv. Beaum., 34, 18, 20 ; 36 ; 37 ; 38. *Jost.*, p. 166. Bout, I, 26, 59. Responsabilité du débiteur, par exemple de l'hôtelier. P. de Font., p. 211. Ci-contre, p. 397, t. II. Beaum., 43, 41. Hermann, *Mobiliarv.*, p. 129.

(3) Règle : *Quod non fecit venditio reconciliat traditio*. Esmein, p. 22. Marnier, *AC. Picardie*, p. 114, 122.

(4) *Jost.*, 2, 16, 8 (p. 101) ; 14, 8 (p. 98) ; 16, 7 ; 8, 5, 5 (p. 171) ; 4, 4 (p. 125). Voy. l'explication de ces textes dans Franken, p. 75. *Sormise y* signifie, d'après ce savant, action simple, *schlichte Klage*, sans duel. Simple présomption, d'ap. Esmein, p. 49. Godefroy, *h. v°*.

(5) Il faut payer qui veut acheter. Loysel, 408. *L. d. droiz*, 513, 565, 673, Desmares, 414.

la formation du contrat maintenait quelques-unes de ses positions (1). Au dix-huitième siècle, Blackstone, en parlant de la vente, II, 30, n'est guère éloigné de l'ancienne théorie. — D'ailleurs, la plupart du temps, les contrats *re* se concluent par la dation d'arrhes ou sont constatés par écrit, c'est-à-dire qu'ils rentrent dans les classes d'actes dont nous allons nous occuper spécialement (cf. ci-après, *Cause*).

3. — **Arrhes** (2). — Les arrhes, en usage dans certaines anciennes législations (3), en particulier en Grèce (4) et à Rome (5), consistent dans une somme d'argent ou dans un objet, comme un anneau (6), qu'une des parties, l'acheteur, le locataire, donne à l'autre lors de la conclusion du contrat. L'emploi des arrhes est presque limité à la vente (7), au louage et à quelques contrats similaires (8). En droit romain, la dation d'arrhes n'avait qu'une importance secondaire, car on ne la considérait que comme un signe, — et ce n'était pas le seul, — de l'échange des consentements ; en son absence, le contrat n'en était pas moins valable (9). Les jurisconsultes ne donnent pas d'autre fonction aux arrhes, mais les lois provinciales en font un moyen de dédit, si bien que le Bas-Empire oppose l'*arrha poenitentialis* à la classique *arrha confirmatoria ;* celui qui les a

(1) Ci-après, Donations.

(2) Esmein, p. 13. Heusler, II, 253. Stobbe, *Reurecht*, p. 221. Franken, *Pfandr.*, p. 64. Schrœder, Table, v^is^ *Arrha*, *Handgeld*, *Lohngeld*. Sohm, *Eheschl.*, p. 28. Pollock et M., II, 206 : *carnest* anglais, cf. Glanville, 10, 4 ; Bracton, f° 61 ; Fleta, 2, 68.

(3) Le mot est d'origine sémitique. Leonhard, dans la *Realencyclop.* de Pauly, éd. Wissowa, v° *Arra*, 2, 1219. Post, *Grundr.*, II, 619.

(4) Caillemer, *R. de lég.*, 1871, p. 661. Beauchet, *Hist. du dr. privé athén.*, IV, 421.

(5) Girard, *Manuel*, p. 539.

(6) Dig., 19, 1, 11, 6; 14, 5, 5, 15. Liut., 30.

(7) Si les arrhes sont aussi données pour les fiançailles, ci-dessus, p. 16, t. II, c'est que ce contrat a commencé par être une vente. Cf. usages romains, Cod. Just., *de spons.*, 5, 1. Papien, 27. *Wis.*, 3, 1, 3; 6, 3. *Et. de saint Louis*, I, 128 (erres de mariage). L'anneau et les pièces de monnaie de la liturgie chrétienne n'avaient point de signification mystique; c'était des modes de formation du contrat. Grég. T., 4, 41; 10, 14. Sohm, *Eheschl.*, p. 23. Dans les sources du droit espagnol, les arrhes de mariage s'entendent de l'augment de dot constitué lors des fiançailles. *F. Real*, 3, 2.

(8) *Const. du Chât.*, 26. *L. d. droiz*, 510. Stobbe, *Hand.*, § 174.

(9) Gaius, 3, 137 ; cf. *L. Rom. Wisig.* Gaius, 2, 9, 14. Papien, 35, 6. Petrus, 2, 14, n'exige pour la formation de la vente, ni arrhes, ni paumée, ni vin du marché; le simple accord de volontés suffit.

données est autorisé à se dédire à condition de les perdre ; celui qui les a reçues à condition de les restituer au double (1). — A l'époque franque, où les arrhes n'ont pas cessé d'être employées, et dans les premiers temps de la féodalité, elles occupent une place en quelque sorte intermédiaire ; c'est un moyen de rendre obligatoires des conventions qui, par elles-mêmes, ne le seraient point (2). Elles ont dû commencer par être un moyen de dédit ou, pour mieux dire, un véritable gage (3). C'est une valeur considérable (pécuniairement ou moralement) que l'acheteur devait remettre au vendeur (4) ; ce dernier, qui était exposé par le fait de l'acheteur à perdre une bonne occasion de vendre, se trouvait dédommagé par avance. A l'inverse, le vendeur qui ne tenait pas sa promesse indemnisait l'acheteur en lui restituant les arrhes au double. Dans la législation de l'époque franque et de l'époque féodale, les arrhes consistent dans une somme faible, trop faible pour qu'on y puisse voir un dédommagement. C'est une sorte de *wadium* (5) servant à lier les parties. Ainsi, dans le mariage par le sou et le denier, le *pretium*, très élevé d'abord, s'est réduit à une somme minime, à un prix symbolique. La dation d'arrhes dégénère donc en une pure formalité (6). A-t-elle eu lieu, les parties sont obligées sans pouvoir

(1) Esmein, *Mélanges*, p. 413. Girard, *Man.*, p. 539.

(2) Esmein, p. 14 (explic. de l. wisig. et bav.). Cf. *nummi testes* dans Pérard, *Pièces .. hist. Bourg.*, p. 107.

(3) Cf. *erres*, *errements* (C. proc. civ., 349. Beaum., 30, 50, etc.). Franken, p. 64. D'après Laurière, *Et. de saint Louis*, 241, éd. Viollet, les errements seraient les gages du procès ; d'où par ext. le sens d'actes de procédure. *Const. du Châl*, 50, Ragueau, Ferrière, *h. v°*.

(4) *Tilgaef* ou arrhe scandinave. Amira, *OR*, I, 321, 330. Cf. Girard, *loc. cit.*

(5) Mais, comme il consiste le plus souvent dans une somme d'argent, on s'explique qu'il ait été usité seulement en matière de vente ou de louage comme à Rome; c'est une part du prix, un acompte qui dégénère en *wadium*. Dans le cautionnement et ailleurs, l'arrhe ne se rencontre pas.

(6) Controverse sur la nature juridique des arrhes. Les uns y voient un payement partiel et font du contrat arrhal un contrat réel; les autres envisagent plutôt les arrhes comme une sorte de *wadium*, et le contrat devient formel. Heusler, II, 253, combat ces deux opinions. Selon lui, l'arrhe n'a pas de fonction obligatoire ; c'est une contre-prestation en retour d'une renonciation ; la vendeur qui reçoit des arrhes renonce au droit d'aliéner son bien à d'autres jusqu'à l'époque convenue; on a cherché à le lier, parce qu'il ne tient à avoir que de l'argent, et peu importe d'où celui-ci lui vient; l'acheteur n'est obligé de payer le prix que s'il y a eu *wadiatio* ; il est libre, mais il n'abusera pas de sa liberté, car s'il achète, c'est qu'il y a intérêt; il ne trouverait pas aisément un objet de même valeur au même prix; on n'a

se dédire ; n'a-t-elle pas eu lieu, elles ne sont pas tenues et le contrat n'est pas formé. Tantôt les arrhes s'imputent sur le prix, et c'est ce qui se produit toujours pour peu qu'elles soient élevées; tantôt on les destine à un usage pieux comme pour mettre l'acte sous la protection de la divinité : c'est le **denier à Dieu** (1), ou elles servent à se procurer du vin que les parties boivent ensemble : c'est le **vin du marché** (2). Il est clair, d'ailleurs, que du jour où les contrats de vente et de louage sont redevenus consensuels, les arrhes ont repris leur double rôle de moyen de preuve, signe du consentement, si elles sont

pas eu de précautions à prendre contre lui. L'incompréhensible passage de la L. Wis., 5, 4, 4, cf. Cod. Eur., 297, fournit des arguments en ce sens. Heusler admet, d'ailleurs, que le droit ne tarda pas à se modifier et que l'arrhe eut pour fonction de rendre le contrat obligatoire pour les deux parties ; la *wadiatio* du prix parut superflue. *Bai.*, 16, 10. — Ce système n'explique pas d'où vient l'usage d'une contre-prestation pour lier le vendeur ; il est plus simple de voir dans les arrhes un procédé servant de transition entre le contrat réel et le contrat formel ; il ne nous paraît prouvé que les changements de volonté soient plus à craindre de la part du vendeur que de la part de l'acheteur. Le Cod. Euric., 297, porte *praetium*, ce qu'il faut corriger dans l'opinion de Heusler.

(1) *Denarius Dei, Spiritus sancti, Gottespfennig, caparra* (it.). Du Cange, *h. v°*. Statuts d'Arles, 1162-1282, 191 (*in honore Dei et candele b. Trophimi*). Salon, 1293 (Giraud, II, 254). Avignon, *NRH*, 1877, p. 593. Alais, 101. Montpellier, 100. Marseille, 3, 6. Beaum., 34, 60. Desmares, 178. Textes italiens dans Pertile. IV, 473, Heusler, II, 253. Franken, *Pfandr*, p. 61, n. 2. Schrœder, p. 716. Rien ne prouve que le denier à Dieu ait été donné d'abord par l'acquéreur de biens d'Eglise afin de reconnaître le droit de l'Eglise sur ces biens. A Paris, où il est encore payé par le locataire en cas de bail verbal d'un appartement, il a bien changé de destination ; les concierges l'ont détourné à leur profit. Dalloz, *Répert.*, v° *Louage*, n° 86.

(2) *Mercipotus, Weinkauf, Lithauf*. Petrus, 2 14 : *bibaria vini* (usage *pluribus locis*). Loysel, 415. Ragueau, *h. v°*. Grimm, p. 191, 608. Haltaus, p. 2057. Warnkœnig, II, 565. Walter, § 346. Stobbe, § 174, Kraut, *Grundr.*, § 124. Heusler, II, 255. Franken, p. 61. Brunner, II, 392. Maurer, *Ub. d. gerichtl. Weinen*, 1846. Pertile, IV, 473. Huber, IV, 850, 834 (Cout. suisses de Morat), Diesse : deux tiers du *Trinkgeld* (pourboire) à la charge de l'acheteur, un tiers à la charge du vendeur. Prétexte à libations copieuses qu'on dut interdire). Le vin du marché est souvent consommé par les témoins et les parties ensemble (*vinum testimoniale*) ; c'est un moyen, comme les menus présents qu'on fait aux témoins, de s'assurer qu'ils attesteront l'existence du contrat ; moyen dont l'emploi se comprend à une époque où il n'y avait pas de contrainte légale pour les faire déposer en justice. Cf. en des sens divers les auteurs cités. Méon, 4, 117 (boire le vin de la paumée). Esmein, *NRH*, 1887 (vin d'appointement, usage russe : le repas en commun est la formalité qui scelle le contrat). Schrœder, p. 361 : *Urkundsgeld*, rétribution des témoins, usage très répandu. Post, *Grundr.*, II, 621 (Yucatan). Osenbrüggen, *Studien*, 383.

faibles, et de dédit (1) ou peine conventionnelle, si elles sont élevées (2).

4. — **Fiance. Paumée** (*palmata. percussio manus*) (3). — L'usage de la *festuca* et du *wadium* est abandonné à l'époque féodale (4) ; à ces formalités se substituent la paumée (5) et le serment (6). Le contrat formel lui-même change de caractère ; il perd sa force exécutoire parce que la justice prend l'habitude d'intervenir de plus en plus dans l'exécution ; plus d'amendes contre qui n'obéit pas aux sommations du créancier, elles apparaissent comme un abus et un excès de rigueur ; le gage et le cautionnement n'en sont plus l'indispensable accessoire ; on ne se cautionne même plus soi-même, on se borne à engager sa foi. L'engagement ainsi pris s'adapte à toute obligation (7).

La paumée n'a pas complètement disparu à l'heure qu'il est ; elle est encore pratiquée sur nos marchés pour la vente des bestiaux ; les deux parties d'accord se frappent dans la paume de la main ou, d'une manière plus précise, l'acheteur frappe (8) de la main droite (9) la paume de la main droite du vendeur (10).

(1) Ass. de Jérus., *C. des B.*, c 27 (Franken, p. 68. Esmein, p. 21) ; 163 : *repentailles*. Montp., 101. Alais. 41. Bayonne (XIII• s.), 118, 1. Beaum., 34, 62 ; cf. 49. *Jost.*, 10, 14, 1. *L. des dr.*, 121.

(2) Denisart, Guyot, v° *Arrhes* (bibl.). Pothier, *Vente*, n° 490. Britz, p. 879.

(3) Esmein, p. 65. Franken. *Pfandr.*, p. 56. Heusler, II, 245 et sniv. Schrœder, p. 61. Pertile, IV, 471. Pollock et M , II, 186. Amira, *Recht*, 181 : *OR*, I, 290 ; II, 299. Siegel, *Wien. Akad. Handschlag u. Eid*, 1894. Puntschart, *Schuldvertr.*, 1896. Kovalewsky, *Cout. contempor.*, p. 114. Dareste, Etudes, 104 (Perses), 314 (Danois), 350 (Islande).

(4) Traces. Italie, douzième siècle. Pertile, IV, 472.

(5) *Handschlag* allem *Handsale* angl. Blackstone, 2, 30.

(6) Serment et paumée dès l'époque mérovingienne. Greg. Tur., *Hist. Franc.*, 5, 3 ; *De gloria confess.*, 68.

(7) Sur le caractère de ce contrat, cf. Heusler, II, 248 ; Stobbe, *Handb.*, III, 73. Acte formel ? Promesse abstraite ? Voir pour l'époque franque, *Roth.*, 366 et gl. sur 367. Ratchis, 5. *Liut.*, 15. *Sal.*, 50, 1. Contestations sur le montant de la dette, non sur le *causa debendi*.

(8) *Férir la paumée*. Grimm, 605. Azon, *Summa in Cod* , 2, 3 : *dicitur* (*pactum*) *a percussione palmarum* (usage qu'il attribue aux *veteres*).

(9) C'est aussi avec la main droite qu'on prête serment. Sur le symbolisme de la main, Grimm, 138. Du Cange, v° *Dextrae*. Puntschart, p. 355. Kovalewsky, 114 : je te donne ma main de Dieu. Esmein, p. 98 (antiquité classique).

(10) En droit allemand, le prononcé d'une formule (*ich gelobe*) s'ajoute à cet acte. Puntschart, p. 362. Cf. Amira, *OR*, II, 289. Les paroles sacramentelles ont, semble-t-il, complètement disparu en droit français. Des témoins assistent, d'ordinaire, à l'acte, mais ce n'est pas une nécessité absolue dans

Cet usage est fort ancien, puisqu'il en est déjà question dans le Petrus, 2, 14, à côté des arrhes et du vin du marché; certaines Coutumes en font une condition de validité de la vente contrairement au droit romain auquel se tient Petrus. Il ne paraît point, d'ailleurs, que la paumée soit restreinte à la vente; elle peut s'appliquer à d'autres contrats (1). La poignée de mains, *mutua manuum complexio* (2), semble équivaloir à la *percussio manus* (3). Comment rendre raison de cet usage populaire? On n'y verrait aujourd'hui qu'un moyen très simple de manifester aux yeux de tous, parties et tiers, la conclusion du marché; jusque là, il n'y avait que des pourparlers; à ce moment, l'affaire est terminée (4); la paumée serait ainsi à peu près ce qu'est le coup de marteau du commissaire-priseur dans les ventes publiques (5). Mais si telle est bien sa signification actuelle, il semble qu'il faille l'expliquer autrement pour le passé. C'est une pratique populaire dérivée d'usages plus anciens, la mise de la main dans la main et le serment. Mettre sa main dans la main d'un autre, c'est se placer sous son autorité, dans

aucune de ces deux législations. Il n'en est pas de même dans le droit scandinave, où la présence de témoins et la publicité des contrats sont indispensables. Amira, *OR*, II, 320. Cf. Italie, Pertile, IV, 469. Salvioli, *Public. d. vendita*, 1895. Dareste, *Etudes*, p. 315 : usage en Danemark de publier les contrats au *ting*.

(1) Montpellier, 100 : *emtio non valet sine palmata*. St. de Marseille, 3, 6. Bayonne, 118, 1 (dans Balasque et Dulaurens). Charroux, 1170, art. 14, et 1247, art. 40. Cout. de Gorze, 7, 3, 4. Beaum., 44, 38, 40. *Const. du Chât.*, 84. *L. des métiers*, p. 17. Du Cange, v° *Palmata*. Ragueau, v° *Palmée*. — *Jost.*, 2, 16, 3 (5 sols de paumée pour se désister); 1, 2, 7 : *covenances accordées par bones mors font le marchié, non la paumée, et li cuers doit siure la parole* (sans doute, dit Franken, p. 56, reproduction d'une glose sur X, 1, 4, 2).

(2) Méon, *Fabl.*, I, 179. Glasson, *Inst. de l'Anglet.*, III, 234 (Galles). Saga de Nial, 71 : *dextris datis et acceptis*. Grimm, 605 : simple contact avec le bout des doigts, *stupfen, doppen*. Cf. Dict. de Hatzfeld, *h. v°*.

(3) La civilité puérile et honnête s'en est emparée pour en tirer notre banal *shake-hands*. Ainsi finissent les institutions.

(4) Sunesen, 17, 1 : (le louage) *solo consensu celebratur, sed impune rescindilur, donec percussione manus unius in manum alterius roboretur*. Le l. de *Jostice*, 2, 16, 3 (p. 100), permet de se dégager, même quand il y a eu paumée, à condition de jurer qu'on ne peut exécuter sa promesse et en payant une amende. Cf. Alais, 41, dans *Olim*, III, p. 1474.

(5) Dans quelques textes, *palmata* est synonyme d'arrhes. Pertile, IV, 472. Esmein, p. 27, y voit plutôt un simulacre du payement du prix, une tradition fictive. Mais le cérémonial de la paumée ne concorde guère avec cette interprétation. Glasson, VII, 590.

sa dépendance. Ainsi l'hommage se fait *per manus porrectionem* (1). Il n'est pas étonnant que le débiteur ait mis sa main dans la main du créancier comme pour se donner soi-même en gage (2). On a vu dans cet acte symbolique une sorte de serment sécularisé, qui n'était prêté ni sur les reliques, ni sur l'Evangile, par lequel on n'appelait point sur soi la colère divine, mais qu'on respectait comme un serment véritable (3). Comme il est interdit de jurer en vain, on y recourt volontiers ; on engage sa foi comme on se cautionnait autrefois soi-même (4) ; ces sortes d'actes sont sans doute ce que les textes du moyen âge désignent sous le nom de **fiance** (5), **foi jurée** (6), et que les romanistes appellent *stipulation* (7).

5. — Le **serment promissoire** (8), issu des vieux usa-

(1) Cf. Vasselage, t. I. Brunner, II, 270. Le baiser de paix se rencontre ici comme dans d'autres contrats. Pertile, IV, 472.

(2) La *Treugelöbniss* du droit allemand se conclut par le serment ou en donnant sa parole d'honneur et en effectuant le *Handschlag*. En Saxe, on lève la main *curvatis digitis*. Heusler, II, 245. Puntschart, p. 306. Cf. pour le droit scandinave, Amira, *OR*, I, 290 ; II, 289. L. anglo-sax. Edw., 2, 6. Cap. 803, 3.

(3) Beaum., 34, 38 : jura ou fiança. Il se demande ensuite si ceux qui ont convenancé par foi ou par serment et n'exécutent pas leur promesse peuvent être tenus pour parjures. *Et. de saint Louis*, I, 31, 67. Ass. de Jér., *C. des B.*, 162 : jurer, afier ou plevir une femme = fiancer.

(4) On dit : faire foi, plevir sa foi (*fides plivita*, Montp., 69), fiancer, créanter. *Chanson de Roland*, 403. Beaum., 34, 9 ; 34, 60. *Jost.*, 178, 181. *Const. du Châl.*, 26. *L.des métiers*, p. 77 (éd. Depp.) : fiancer sa foi. Cidessus, Fiançailles. Esmein, p. 72. Franken, p. 64, n. 2 : promettre solennellement et comme en donnant des aires (arrhes). Nombreux actes (cités par Puntschart) où on lit : *fide interposita promittere*, *fidem dare ore et manu*, etc. *Loven* dans le *Sachsensp.*, I, 7 (*gelöbniss*, *Treugelöbniss*, cf. *Erbenlaub*) a le même sens : engager sa foi, se rendre responsable. Stobbe, § 174 : *per fidem nostram christianam et honorem nostrum militarem* (a. 1394). Angleterre : engager sa chrétienté. Du Cange, v° *Christianitas*.

(5) Beaum., 38, 15; 11, 47, etc (Salmon, *Gloss.*). Bout., I, 36, 42. Desm., 154. Lacurne de Sainte-Palaye, Godefroy, *h. v°*. Trêves et assurements. *Et. de saint Louis*, I, 29, 31, 111. Bigelow, *Hist. of. proced.*, app. 13.

(6) Esmein, p. 65. Pollock et M., II, 188. Puntschart, 486. Amira, *Recht*, 188.

(7) D'après Puntschart, la *Treugelöbniss* allemande n'est pas le contrat obligatoire lui-même, c'est un acte à part destiné à rendre le débiteur responsable; il peut même se faire qu'il serve simplement à engager la responsabilité d'une caution ou d'un *Treuhänder* (p. 406, t. II), à l'exclusion du débiteur (p. 438, t. II). Il nous semble qu'il y a quelque exagération dans cette théorie.

(8) Esmein *, *NRH*, 1888, 248, 311 (bibl.) : *Contrats*, p. 33. Seraphinus de Seraphinis, *De privil. juram*, 1703. Pohl, *De jure fideque dextrae*, 1781.

ges (1) et en rapport avec les mœurs (2), a été organisé par le droit canon (3). — Deux **conditions** sont requises, en général, pour la régularité du serment : 1° Le *prononcé d'une formule* par laquelle on prend Dieu à témoin de son engagement ou on s'oblige envers lui à l'accomplir ; les termes varient ; on dit souvent : *per Deum juro et sic me Deus adjuvet*, ou encore on jure par l'Evangile, les saints, la croix, c'est-à-dire par une chose sacrée (4). — 2° *Certains gestes* en rapport avec la déclaration verbale. Celle-ci devait être prononcée la main droite posée sur des reliques ou sur l'Evangile (*juramentum corporaliter praestitum*) (5) ou tout au moins, la main droite étendue, levée (6). Les **effets** du serment

Tract. univ, j., t. IV. Britz, p. 790. Pertile, § 153. Rondini, *Giuramento*, 1888. Siegel, *op. cit.* Ci-dessus, p. 421, t. II. — Cf. applications du serment dans la procédure dès l'époque romaine. Dig., 12, 2. Cod. Just., 4, 1, et de nos jours, Glasson, *Précis de procéd.*, I, 642. Serment décisoire, supplétoire, de calomnie. Zimmermann, *Glaubenseid*, 1863. Gallinger, *Offenbarungseid d. Schuldners*, 1884. J. Favre, *Le serment confirmatoire*, 1903 (Thèse).

(1) Traités scellés par des sacrifices, des imprécations. Tacite, *Germ.*, 24 (*fides*). Sur ce texte, cf. ci-dessus, p. 421, 427, n. 4, t. II, et Puntschart, p. 487. Peut-être la *fides facta* de la L. Salique n'allait-elle pas sans serment ou n'était-elle qu'une sorte de serment à la façon de la stipulation romaine. Sous le Bas-Empire, le serment s'était fait une certaine place dans la législation (Cod. Just., 2, 42, 3; 2, 4, 41; 4, 30, 16. Nov. 74, 5); l'Auth. *Sacramenta Puberum* de Frédéric I^er^ apparaît plutôt comme un complément de la législation impériale que comme une innovation radicale (sur *C. J.* 2, 28, 1). — Cf. usages musulmans. *Mille et une nuits*, tr. Mardrus, IX, 11, 85 (réciter la Fatiha liminaire du Koran pour sceller un pacte).

(2) « On ne savait rien affirmer au moyen âge sans renforcer par un serment son affirmation. » G. Paris, *Extr. de la Chanson de Roland*, 1887, p. 279. Mélusine, III, 156, 566 : serments et jurons, par exemple ma foi, ma fi, etc. Serment de saint Louis, d'ap. Joinville, V, 766 : *foi que doi vous.* — Cf. cep. Pollock et M.. II, 187 (défense de jurer en vain et ses effets).

(3) Décret de Gratien, 2° p., Cause 22. **X**, 2, 24. Sexte, 2, 11. Voy. les gloses sur ces textes et les commentaires comme ceux d'Innocent IV, Hostiensis, Panormitanus. Respect du serment, *Capitul.*, 789, 63. Ci-après, p. 450, n. 7, t. II.

(4) P. Lombard, *Sent.*, 3, 39, F. Glose s. c. 1, **C.**, 22, q. 1 ; cf. c. 11 et 12. — La simple *fides promissa* équivaut, d'après les anciens canonistes, au serment. Hostiensis, *De jurej.*, p 185. Au seizième siècle, Covarruvias, *Op.*, p. 249, ne l'admet plus. — *Add.* Esmein, *Contrats*, p. 103, 99 (*fides corporalis, manualis*).

(5) Dès l'époque romaine.

(6) Cod. Just., 2, 28, 1 (*per Jovem lapidem?*). — Jusqu'où va le formalisme, cf. Roisin, p. 32 et suiv. (on perd son procès si on ne tient pas le pouce appliqué contre la paume de la main ou si on remue la main). — Supercheries, cf. c. 10 et 11, **C.**, 22, q. 5 (glose). Anecdote sur le serment de Harold à Guillaume le Conquérant.

consistent dans une obligation principale envers Dieu et dans une obligation accessoire envers le créancier (1). On pouvait réclamer l'exécution de celle-ci devant les Cours d'Eglise (2). Comme la stipulation romaine, c'était un contrat unilatéral et formel, valable sans cause (3), pouvant s'appliquer à toute sorte d'objets, créer une obligation nouvelle (*serment promissoire*) ou confirmer une obligation préexistante (*s. confirmatoire*). Le promettant s'engageant envers Dieu, la créance était imprescriptible (4), ce qui constituait une garantie pour le créancier. Mais, en revanche, l'engagement était strictement personnel, à cause de son caractère religieux : il ne passait donc point aux héritiers (5). Il suffisait que l'on eût atteint l'âge du discernement pour prononcer un serment valable : ainsi les pubères mineurs de vingt-cinq ans, d'après l'Auth. *Sacramenta puberum*, étaient capables de s'engager par serment (6). Le dol annulait l'acte, mais non la violence (*coactus voluit*) ; pour l'erreur, il y avait doute (7). On voit par là que l'efficacité du serment n'était pas facilement mise en question. Les canonistes y apportèrent pourtant une restriction importante tirée de son caractère religieux ; ils posèrent en principe qu'on n'était pas obligé de tenir un serment, si son exécution mettait en danger le salut de l'âme de celui qui l'avait prêté : *au diable on n'est pas obligé de tenir un serment*, dit le proverbe populaire (8). Dès que le salut de l'âme n'est pas en jeu, le serment tient, même s'il est fait en violation

(1) Panorm., s. **X**, 2, 24, 1. *Decis. Capellae Tolosanae*, 182, 7 : *Deus recipit obligationem in favorem partis; remittente ergo parte et ipse Deus remittit.*

(2) Gui Pape, q. 190. Bartole, s. 1, 56, *pr.*, D., 46, 1.

(3) Innocent IV, s. c. 6, **X**, 3, 7, p. 370. Cf. vœu.

(4) *Decis. Capellae Tolos*, p. 183. Benedicti, v° *Testam.*, III, n° 41.

(5) Panorm., s. 14, **X**, *de jurej.*, n° 3. Cf. cep. Seraphinus, p. 305. — Validité du serment par procureur, C. 33, D. 63. **X**, 2, 7, 6. C. 1, § *Verum*, VI°, 3, 16. Covarruvias, *Op.*, I, 262 et suiv. — Transmissibilité active.

(6) Cf. glose s. c. 10, **X**, 4, 1. Covarruvias. *Op.*, I, p. 404 (impubère *doli capax*). — Innocent,c. 3, **X**, *de voto* (serment du *filius* ou de la *filia familias*). C. 15 et 19, **C**. 22, q. 4. Cf. Nombres, XXX, 3. — Pertile, IV, 496.

(7) Panorm., s. c. 28, **X**, *de jurej.*, n° 3. — **X**, 2, 24, 2, 8, 15 (glose). Seraphinus, p. 475. — Sur les trois compagnons du serment, *justitia*, *judicium* et *veritas*, cf. Esmein, p. 266. — Le serment confirmatoire n'avait de valeur que s'il était pur de tous vices. Esmein, p. 331. Auth. *Sacramenta puberum*. Beaum., 34, 38, 39.

(8) Gratien, c. 23, **C**. 22, q. 4. **X**, *de jur.*, 8, glose. Chaisemartin, p. 258. Beaum., 38, 16; 34, 24.

du droit civil (1) ou du droit canonique (2). Exemple : serment de la femme qui s'engage pour autrui contrairement au Sc. Velléien, serment de la femme dotale de respecter l'aliénation du fonds dotal, serment de respecter une donation entre époux (3), etc. (4). Ainsi appliquée, la théorie canonique avait des conséquences graves (5), surtout en ce qui concerne le **serment confirmatoire.** L'obligation à laquelle il se joignait était tantôt valable. et alors, par l'effet du serment, le promettant devenait justiciable des Cours d'Eglise, l'obligation cessait d'être prescriptible (6) et d'être sujette à compensation (7), elle devait être exécutée en nature, si elle consistait dans un fait (8). Tantôt l'obligation était nulle, et, en ce cas, on distinguait (9) : il y avait des hypothèses où le serment validait l'obligation, d'autres où le contrat restait nul, quoique le serment fût valable; mais on ne parvint point à s'entendre sur ces hypothèses, malgré un essai de systématisation tenté par Bartole (10). Pour prévenir les abus résultant de l'emploi du serment, les canonistes usèrent de trois moyens (cf. *Exc. doli*, *In integrum restitutio* à Rome) : 1° *Théorie des conditions tacites;* le serment n'est obligatoire que si les choses restent telles que le promettant l'a prévu (par exemple s'il ne devient pas insolvable, dot promise sous la condition *si nuptiae sequantur)* ou encore si le cocontractant remplit sa promesse *(non servanti fidem non est fides servanda)* (11). — 2° *Intervention du juge d'Eglise* pour contraindre la partie qui

(1) Mais non des bonnes mœurs ou de l'équité naturelle. Sexte, *de reg. j.*, 59. Cf. ordre public dans le droit actuel *TAC. Norm.*, 4 (alién. du douaire).

(2) Par exemple le serment de payer des intérêts, car celui qui le prête ne commet pas de péché en l'exécutant. **X**, 2, 24.

(3) Panorm., s. c. 28, **X**, *de jur.* Ci-dessus, p. 101, t. II.

(4) Renonciation à succession future, pacte commissoire, etc.

(5) Les Cours d'Eglise apprécient la validité du serment. Gui Pape, q. 199.

(6) *Decis. Cap. Tolos.*, q. 221. *Secùs* Gui Pape, q. 199.

(7) Il y avait parjure à ne pas exécuter le serment. Peines du parjure : sous les Carolingiens, perte de la main. Dans la suite, infamie de droit ou de fait, peines arbitraires. Ferrière, *h. v°* (bibl.). Ord. 1269, 1273, etc.

(8) Parnorm., **X**, 2, 24, 16.

(9) Panorm., **X**, 2, 24, 28, n° 8. J. Faure, *ad Inst.*, I, 8, n° 10.

(10) Sur l. 56, *pr.*, D., *de fidej.* : le serment ne peut confirmer les contrats contraires aux bonnes mœurs, à l'intérêt public, ou nuls à raison d'un vice de forme; il confirme ceux qui sont prohibés dans l'intérêt des particuliers, notamment du débiteur, ou encore ceux qui ne sont pas munis d'action comme la stipulation pour autrui. Masuer, 11, 16.

(11) **X**, 2, 24, 3. Serment préventif annulant ceux qu'on peut prêter par la suite. Host., p. 187. Cf. restrictions mentales des casuistes.

a reçu le serment à le remettre, quand il doit avoir des conséquences fâcheuses (par exemple promesse d'intérêts) (1). — 3° Le *supérieur ecclésiastique*, pape ou évêque, a le droit de relever toute personne de son serment, s'il y a une juste cause (2). — La théorie canonique du serment avait réussi à se faire accepter par les tribunaux séculiers ; mais elle avait le double défaut de leur enlever des justiciables au profit des Cours d'Eglise (3) et de permettre de tourner les prohibitions des lois. On songea à interdire aux notaires de joindre le serment aux contrats (4). Le parti auquel on s'arrêta fut de donner au roi le droit de relever du serment (5) et « de déclarer nul tout serment contraire à une disposition de loi, parce qu'il était contraire aux bonnes mœurs (6). » Par là le serment promissoire perdit à peu près toute utilité (7). La théorie canonique avait, du moins, contribué à faire entrer dans les mœurs le respect de la parole donnée et à ruiner certaines prohibitions légales devenues inutiles.

(1) **X**, 2, 24, 1, 20 ; 5, 19, 13. *Jost.*, p. 329.

(2) Textes romains cités par Hostiensis, f° 185 (Dig., *ad municip. l. imperatores*). Gui Pape, q. 140, 124.

(3) Plaintes de la diète de Worms, 1521. Schilter, *De libert. Eccles. rom.*, p. 902.

(4) Fournier, *Offic.*, p. 87. Ord. 1302, 26 (I, 344). *Songe du Verg.*, l. 2, c. 175. Benedicti, v° *Duas habens*, n° 247. Glasson, 7, 593. Statuts italiens du treizième siècle. Pertile, *l. c.* Au seizième siècle, le serment est regardé comme l'accessoire du contrat, par conséquent c'est au juge séculier à en connaître ; le juge d'Eglise ne statuait que sur le parjure. Ord. août 1539, art. 1er. Beaum., 34, 38, cf. 11, 32, ne parle pas de la compétence des Cours d'église.

(5) Chassanaeus, *s. Bourg.*, p. 653. La chancellerie commença, en délivrant des lettres de restitution contre les contrats, par réserver à l'autorité ecclésiastique la dispense nécessaire (pourvu que le suppliant soit deuement dispensé par son prélat). Benedicti, n° 247. *Dec. Cap. Totos.*, q. 148. Edit de Nantes, av. 1598, 24. Brodeau, *C. de Paris*, I, 529, n° 13. Rebuffe, *De lit. dilat.*, 1, 1, 69. Mais la dispense ecclésiastique fut accordée sans examen (*Songe du V., loc. cit.*, *Dec. Cap. Tol.*, q. 62. Fevret, *Abus*, 7, 2, 43), si bien qu'on finit par ne plus réserver les droits de l'Eglise (fin du XVIe s.). Imbert, *Pratique*, l. 1, c. 33. Ranchin, s. Gui Pape, q. 140. Cf. 194, 225. — Cf. glose, Dig., 37, 14, 6, 4. L. *imperatores*, D., *ad municip.* L. fin. *de re munic.* Le roi pouvait dès lors annuler d'avance tous les serments contraires à ses lois. Chassan., *s. Bourg.*, p. 664. Constantin, *s. Ord.*, *1539*, p. 4.

(6) Bartole. s. l. 56, *pr.*, D., 46, 1. Panorm., **X**, 2, 24, 6. — Glose s. c. 28, **X**, 2, 24. *L. des droiz*, n° 848. Imbert. *Enchir.*, p. 108. Doneau, *Comm. de jure civ.*, l. 24, c. 9. — Cf. Pertile, IV, 496.

(7) Covarruvias, *Op.*, I, p. 255. Masuer, 20, 3. Louet, D, 12 ; M, 7, etc. Pothier, *Oblig.*, 104. Martin, *Inst. jur., canon.*, II, 91 (1788).

6. — **Règle : solus consensus obligat** (1). — Le droit romain en était moins éloigné qu'il ne le semble, avec ses contrats consensuels, ses pactes légitimes (donation) et prétoriens, sa stipulation réduite à n'être qu'une clause des actes écrits. Néanmoins, préglossateurs et glossateurs maintiennent le vieux principe : pas d'obligation civile *solo consensu* (2). C'est du droit canon que partit l'impulsion en sens contraire (3). Pour les théologiens, qui ne tient pas sa promesse se rend coupable d'un mensonge, c'est-à-dire d'un péché ; il encourt donc les peines ecclésiastiques ; par voie de conséquence, on se trouve amené à faire respecter toute convention, et du point de vue vénal on passe au point de vue civil. Le concile de Carthage de 348 avait posé, à propos d'une convention écrite, la règle : *pacta custodiantur ;* cette formule figure dans les Décrétales avec une portée générale (4), et les canonistes donnèrent, pour faire exécuter les conventions, une action *ex nudo pacto* devant les Cours d'Eglise (5). Par esprit d'équité, la pratique commerciale ita-

(1) Seuffert, *Zur Gesch. d. obligatorischen Vertraege*, 1881. Karsten, *Die Lehre von Vertraege b. d. Italien. Jurist.*, 1882. Ruffini, *Buona fede*, p. 162. Pertile, IV, 450, 451. Cf. traités des Romanistes, not. *de Pactis* de Balde, de Caccialupi, de Duaren (*Tract. ill. Ict.*, VI, 1. Glasson, VII, 594. Beaune, *L'Eglise et les contrats consens.* (Congrès internat. des Cathol., 1888, t. 2). *KVJ*, 1881, 490. Cf. Siégel, *Versprechen*, 1873. Stobbe, *Reurecht* (*ZRG*, 13, 2).

(2) *Wis.*, 5, 2, 5 et suiv. Cf. Interpr. wis. sur Paul, 1, 1. Glose de Turin, 357. *Petrus*, 2, 12 ; 4, 26. *Brachylogus*, 3, 1, 3 ; 2, 7 ; 9, 4. Azon, *ad Cod.*, 2, 3. Accurse, D., 2, 14, 7, 4 et 5 : *elegans et tenuis vestis est consensus, quae non datur nisi certis contractibus enumeratis. Qui cum sint favorabiles et pingues et calidi, levi veste vestiuntur.* Voy. dans Karsten, p. 110 et suiv., l'analyse des opinions de Placentinus et d'Azon ; ce dernier assimile le pacte au contrat, admet l'existence de six *pacta vestita* (contrats classiques, *cohaerentia contractus*, contrats innomés) et sept exceptions à la règle que le pacte nu n'oblige pas. Cf. Bracton, f° 108 : *contrahitur re, verbis, scripto, consensu, traditione* (don) *junctura* (pactes adjoints). Britton, 1, 29, 2.

(3) Autres systèmes dans Seuffert, p. 4. Il n'y a pas lieu de la rattacher à l'ancien droit germanique (Ci-dessus, p. 421, t. II) comme on l'a prétendu (seulement depuis le XVII[e] siècle). *NRH*, 1886, 180 : confusion de *carta* et *notitia*.

(4) Notons aussi que le plus important des contrats, le mariage, se forme *solo consensu*. Ci-contre, p. 24, t. II.

(5) Peines ecclésiastiques contre qui viole un pacte. Carthage, 348, c. 12 (à propos d'une transaction par écrit entre évêques sur les limites de leurs diocèses), **X**, 1, 35, 1 (généralisation). Sur ce c. 1, Bernard de Parme : *ex nudo pacto oritur actio .. quia mortaliter peccat recedendo a pacto .. inter simplicem loquelam et juramentum non facit Deus differentiam.* Gra-

lienne du quatorzième siècle adopta la même règle (1). Dans la pratique civile, l'usage d'accompagner toute convention d'un serment habitua au respect de la parole donnée, et l'on comprend qu'il soit venu un moment où la fiance et la paumée aient pu être négligées sans inconvénients pour la validité du pacte : le cœur doit suivre la parole, comme dit le Livre de Jostice, sans doute en s'inspirant du droit canon dont il reproduit si souvent de longs extraits. Les civilistes eux-mêmes tiennent pour obligatoires les pactes géminés (2). Ce n'est pourtant que vers la fin du quinzième siècle que le principe moderne s'affirme en Italie (3). En France, il n'est pleinement accepté que vers la même date. Les jurisconsultes du treizième siècle ne le connaissaient-ils pourtant pas? On l'a pensé (4) en s'appuyant sur certaines formules dont l'explication ne va pas sans difficulté, comme celle-ci : *Convenances vainquent loi*, ce qui tient, dit Beaumanoir, à ce que *toutes convenences font à tenir* (5); il ne faut

tien, 2e p., 22, 5. 12. Innocent IV sur ce même c. : excommunication (à la suite du *denuntiatio evangelica*, sorte de procédure criminelle). Mais ensuite l'action est civile, car on la désigne sous le nom de *Condictio ex canone juramenti* (Gratien, *loc. cit.*). Cf. Joh. Teutonicus, sur c. 66, **C**, 12, q. 2. Sur le c. 1, **X**, *de pactis*, voy. Panormitanus, Sandeus, Gonzalez Tellez. *Add.* Thomas d'Aquin, *Summa theol.*, sec. sec. q. 110, 3, et q. 88, 3. Difficultés sur le point de savoir si les règles canoniques étaient applicables devant les tribunaux séculiers. Au quatorzième siècle, les civilistes constatent cette opinion des canonistes en faisant remarquer qu'elle est en opposition avec le *jus civile*. La question se rattache à la détermination de la compétence législative et judiciaire de l'Eglise. Joh. Andreae, ad c. 2, VI, 5, 13 : *ubi versatur periculum animae leges succumbunt canonibus.* A quoi Cinus, ad Auth. Clerus, c. 33 (Cod. Just., 1, 3), répond que si l'Eglise avait compétence *ubicunque est peccatum, turbarentur rerum officia.*

(1) Bartole, s. l. 48, D., *mand.*, 17, 1. Balde, *Lect. s. Décrétales*, c. 1, X, *de pactis*, n° 8. On juge d'après l'équité, dit Bartole, dans la *curia mercatorum*. Or, en équité, on comprend qu'on ne fasse pas de distinction entre le pacte et la stipulation. Cf. Alexand. Tartagnus, *Cons.*, 3, 41, 2. Karsten, p. 228.

(2) Alexandre Tartagnus, † 1477. Un pacte nu engendrant une obligation naturelle, le constitut qui s'y applique le rend obligatoire; de plus, la réitération du pacte est une garantie contre les surprises et témoigne du sérieux du consentement. Cf. Huber, IV, 835, 12 (délai pour se repentir).

(3) P. Picus, s. l. 10, C., *de pactis*, § 5. Socin le J., *Cons.*, 56. — Cf. théorie de Bartole dans Karsten, p. 165. — En Allemagne, au dix-septième siècle, autorité de Carpzov. Siegel, p. 392 (*Schandgemälde* jusqu'en 1577).

(4) Esmein, p. 42.

(5) Loysel, 356. Eisenhart, 1 (*Geding bricht Landrecht*). *Ass. de Jérus.*

voir là qu'une traduction de la règle romaine : *pacta sunt servanda*, comme il y a un emprunt au droit canon dans ces mots du Livre de Jostice : *L'en commande* (allusion à ce droit) *que convenances accordées par bones mors font le marchié, non pas la paumée, et li euers doit siure la parole* (1). Ces formules n'eurent point tout d'abord la portée pratique que nous serions tentés de leur attribuer; elles contiennent en germe le droit nouveau, mais elles sont peu d'accord avec la jurisprudence du treizième siècle; les mêmes jurisconsultes qui les proclament, J. d'Ibelin, Beaumanoir, P. de Fontaines, les oublient dès qu'ils passent aux solutions pratiques; leurs contradictions prouvent qu'ils sont ici en avance sur leur temps. Bien mieux, la maxime *convenances vainquent loi* n'était vraie anciennement qu'autant que la convention était revêtue des formes requises; on voulait dire par là que les particuliers pouvaient déroger par leurs conventions aux lois qui n'étaient pas d'ordre public (2); ainsi, pour prendre le cas spécial dont s'occupent les jurisconsultes que nous venons de citer, une personne peut disposer entre

J. d'Ibelin, 111; *C. des B.*, 103. P. de F., 15, 6. *Anc. us. d'Artois*, 7, 14. Beaum., 34, 2, 23. Bracton, 2, 5. Cf. Franken, p. 52. Esmein, p. 29. Cf. C. civ. 1134. Dig., l. 1, *de pactis*.

(1) Beaum., 34, 2; cf. 34, 60 : *marchiés est fes si tost comme il est creantés a tenir par l'acort des parties... ou si tost comme li deniers Dieu en est donnés ou si tost comme erres en sont donnees, car chasciune de ces III choses vaut confermement de marchié.* Franken, p. 53. Si l'accord des parties suffit pour faire le marché, à quoi bon parler des arrhes et du denier à Dieu? En bonne logique, ces procédés primitifs de formation des contrats disparaissent. Beaumanoir aurait dû dire, comme le *L. de Jost.* ou *Petrus* : les arrhes sont inutiles, quoique, dans la pratique, il soit d'usage de les donner. Pour rendre cette phrase intelligible, il faut traduire *créanter* par faire la paumée, faire foi. Cf. éd. Salmon, Gloss., *h. v°*. Ailleurs, Beaumanoir parle de la paumée comme d'un usage courant : il mentionne aussi la fiance. Il est vrai que, dans le c. 34, relatif aux convenances, il s'occupe surtout des conventions illicites, ce qui tendrait à faire croire que la question de forme avait perdu de son importance. Les jurisconsultes du quatorzième siècle parlent des obligations par paroles ou de la stipulation, comme si le droit romain était encore en vigueur. *Gr. Cout.*, p. 201. Bout., 1, 42. — Cf. *Sachsensp.*, I, 7. *Schwabensp.*, 11. *Cons. de la mer*, 247. Stadtr. de Fribourg en B. de 1520 (rédigé par Zasius), 39, et là-dessus, Heusler, II, 227. 249. Sur le *L. de Jost.*, ci-après, Preuve. Beaum., 35, 19. Desmares, 151. *Jost.*, p. 8 : qui veut faire la paumée, qu'il la fasse.

(2) Non point parce qu'il faut respecter toutes les conventions, mais parce que les lois d'ordre privé ne sont que l'expression probable de la volonté des particuliers.

vif de ses biens, quoique les Coutumes les attribuent à ses parents; on aurait tort de conclure de là que la disposition eût été efficace, même si elle avait consisté dans une déclaration de volonté dépourvue de formes. Il est donc probable qu'au treizième siècle les formules citées plus haut ne sont pas une expression fidèle de la législation coutumière (1). Le droit nouveau est en voie de formation. En revanche, Loysel, 357, le présente sous la forme d'une règle déjà ancienne de son temps (2) : on lie les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles (3), et autant vaut une simple promesse ou convenance que les stipulations du droit romain. A partir de ce moment on ne manqua pas d'en faire une sorte d'article de foi, un principe de droit naturel (4).

En le prenant pour base de sa théorie des contrats, la législation moderne facilitait leur conclusion; elle dut par compensation se montrer plus difficile en ce qui concerne la preuve de leur existence (5); c'est ce qui résulte par exemple de l'impor-

(1) P. de Fontaines, après avoir dit : *Bien doit-on garder ce qu'en convenance*, 15, 1, avec textes romains à l'appui, déclare un peu plus loin, 15, 13 : *Cil n'a mie bele reson de demander qui demande por ce que on li convenança...* De son côté, Glanville, 10, 14, fait de la vente un contrat réel ou arrhal, tout en proclamant le principe : *conventio legem vincit* ; un peu plus loin, 12, 12, il constate la pratique : qui n'a ni gage ni plège, mais la *sola fides*, n'obtient rien à la Cour du roi.

(2) Dumoulin, s. Cod. Just., 2, 3 : toute convention licite *pro stipulatione habetur*; il en naît une action ; la c. 1, X, *de pactis*, est appliquée *in utroque foro seculari et ecclesiastico* (motifs tirés de la *naturalis aequitas*). Bucherellus, *Inst*, 3, 16. Duaren, Comm. s. le titre *de Verb. Oblig. epist. ad Lectorem* : *hodie nullus contractus formula absque stipulatione concipitur* (allusion aux actes notariés où il était d'usage de dire qu'il y avait eu sipulation, tout au moins d'employer les termes : promettre, stipuler). Argou, 1, 2, c. 34. — Pasquier, *Inst.*, p. 596. Domat, 1, 1, 2, 7. Charondas, *Pand.*, c. 24, p. 279. On finit par appeler *paction nue* la convention qui n'énonçait pas la cause de l'obligation. — Cf. Goldschmidt, *Haudelsr.*, 3e éd., I, 303.

(3) Loysel n'a pas compris ce vieux proverbe où il est fait allusion au caractère formaliste de la vieille procédure : on se prend par les paroles : une fois prononcées, il n'est plus possible de les retirer. Ci-dessus, p. 438, t. II.

(4) Grotius, *de j. belli*, 3, 2, 11 et son école. Précédents : cf. Romanistes (Karsten, p. 87 et suiv.) et Théologiens. Cf. transfert de propriété.

(5) La question de la **preuve des contrats** est d'une grande importance. Le très ancien droit coutumier n'est pas très éloigné, sous ce rapport, des pratiques de l'époque barbare. S'il faut en croire le *L. de Jostice*, p. 98, 100 et s., 126, 163 et suiv. (cf. Esmein, p. 47), tantôt le défendeur peut repousser la demande par son serment (simple prove, deresne dans le *Gr. C. de*

tance pratique attribuée à la rédaction des écrits. En ce sens, la supériorité du système de liberté sur le système formaliste est moindre qu'il ne le semble au premier abord. — Mais, en revanche, le contrat devient possible entre absents (1); il se conclut par représentants (2); la présence personnelle des parties peut être requise pour l'accomplissement de certaines solennités ; il n'y a aucune raison de l'exiger pour l'expression de la volonté nue (3). D'un autre côté, du moment où l'on s'attachait à la volonté des parties, la question d'intention primait tout; on dut interpréter les contrats en équité, sans tenir compte des paroles employées. *De aequitate canonica*, dit Balde, *omnes contractus mundi sunt bonae fidei*. Toutes actions sont de bonne foi, déclare aussi Loysel, 690 (4). — L'objet et la cause de l'obligation décidèrent désormais de sa validité et on y attacha d'autant plus d'importance qu'il n'y avait pas à se préoccuper de la forme du contrat.

7. — **Appendice.** — Le **droit anglais** (6) ne connaissait d'abord que des contrats *re* ou *litteris* (7). Une évolution origi-

Norm., 85), tantôt il n'a d'autre ressource que d'*escondire par gages de bataille* (duel). Il lui est loisible de se défendre par le serment, lorsque le contrat n'a pas été exécuté au moins en partie. Ci-dessus, p. 434, t. II (Contrats *re*) Cf. Stobbe, *Vertragsr.*, p. 70 (*Sachsensp* , I, 70, 2; I, 6, 5 ; II, 10, 2). Ass. de Jérus., *C. des B.*, 105, 118 (covenant apparissant). Beaumanoir, 63, 11, et P. de Fontaines ne distinguent pas et obligent toujours le défendeur à fausser les témoins par le duel. J. d'Ibelin, 81, 117. *El. de saint Louis*, I, 118. *Jost.*, 3, 4, 1 ; 4, 4, 1. Anciennement, d'ailleurs, on ne recevait le témoignage que de personnes amenées tout exprès par les parties pour assister à l'acte. Beaum., 39, 57 (maintenant est tout autrement). J. d'Ibelin, 79. *Jost.*, p. 156, 163, 171. *Summa. Norm.*, 61. Brunner, II, 392. Quand la preuve par témoins fut admise sans aucune de ces restrictions, elle donna lieu à de tels abus que l'on se vit obligé d'en limiter l'application. Ord. de Moulins, 1566, art. 54 et maxime : *Lettres passent témoins.*

(1) Valery, *Les contrats par correspondance dans le passé* (*R. Gén. dr.*, 1894, 3).

(2) Ci-après, Mandat.

(3) *L. Rom. Cur.* sur Paul, 5, 2, 2 ; Capit. 817 : L. Long. Loth., 14. Heusler, I, 206 et suiv., 214 Brunner, *Urk.*, p. 522.

(4) Const. Pis., 11, Balde, sur le c. 9, *De plus pet.* Beaum, 35, 12. P. de F., 26.

(5) Ci-après, Nullité des contrats.

(6) Pollock et M., II, 195, 212 (bibl.). Esmein, *NHR*, 1893, 555. Grueber, *ZVR*, 1893, 262.

(7) Sur le *deed* ou *specially*, cf. ci-après. Pollock et M., II, 215 et suiv. : actions *of. covenant* et *of. account*.

nale, qui s'accomplit du quatorzième au seizième siècle, conduisit à des règles voisines de celles qui étaient admises sur le continent. L'action *of debt*, donnée au contrat *re*, était originairement une action en restitution, une revendication (par exemple en cas de prêt) contre qui détient la chose d'autrui (1). Par une extension assez naturelle, elle servit aussi à exiger le paiement du prix d'une chose vendue ou les arrérages d'une rente. Elle supposait deux choses : 1° que le plaignant réclamait une somme d'argent ; 2° qu'il avait effectué une prestation au profit de l'autre partie. On voyait là une *legitima causa debendi*, un *quid pro quo* ou une *valuable consideration*, suivant les termes consacrés par la suite. D'où venait une pareille exigence ? D'abord, de la répugnance bien établie de l'ancien droit à admettre des contrats à titre gratuit (2) ; ensuite des théories romaines sur la *causa* et sur les contrats innomés, théories qui s'adaptaient assez bien à l'action *of debt* (3). De cette action, la théorie de la *consideration* se communiqua à l'action *on the case* et *of assumpsit*. Contre l'auteur d'une lésion matérielle à une personne et à une chose on donnait une action délictuelle *of trespass* (*de transgressione*) (4). En 1825, on l'appliqua à des cas où il n'y avait pas lésion directe (cf. action *in factum legis Aquiliae*) en la qualifiant d'action *on the case*. Au quatorzième siècle, l'action *on the case* sert en cas d'exécution défectueuse (*misfeasance*) d'un pacte nu (responsabilité du batelier qui charge trop sa barque et fait périr la cargaison ; il est responsable non pas à raison du contrat, mais à raison du délit) ; au quinzième siècle, elle sert en cas d'inexécution (*non feasance*) (sous Henri VI, 1422-61, responsabilité du charpentier qui n'achève pas de couvrir une maison ; on ne distingue pas entre le maréchal qui ne ferre pas un cheval après l'avoir promis et celui qui le ferre mal, dans les deux cas le cheval boite). L'action s'appelle alors *of assumpsit* par allusion à la responsabilité qu'on *assume*. Il nous semble qu'il eût été plus simple de déclarer obligatoires toutes les conventions, sauf à annuler celles qui n'auraient pas de cause : c'est le système français. La pratique anglaise a pris le contre-

(1) Pollock et M., II, 172, 203.

(2) Cf. *launegild* lombard. Heusler, I, 81. Pollock et M., II, 211.

(3) *Summa Norm.*, 90 (éd. Tardif). Cf. *do ut des. ut facias*, etc. Cf. Van den Berg, tr. Gatteschi, *Dei contratti do ut des sec. il dir. musulm.*, 1877.

(4) Cf Pollock et M., II, 523.

pied de cette règle ; elle s'inspire davantage des vieilles idées et témoigne d'un esprit plus restrictif en apparence, quoiqu'en fait elle aboutisse à peu près aux mêmes résultats.

8. — **Obligations par lettres et preuve littérale** (1). — L'usage de dresser un écrit pour constater les conventions se répand de plus en plus au moyen âge. On se procure par là un moyen de preuve qui, sous certaines conditions, est le plus sûr de tous (2). Ne faut-il pas aller plus loin et dire que les *lettres* constituent un mode spécial de s'obliger ? Quoique peu précis, les textes du treizième siècle montrent que l'on n'est pas bien éloigné de cette conception (3). L'expression même dont se sert Beaumanoir, c. 35, *s'obliger par lettres,* donne à le croire (4). En général, pour contracter par lettres, on s'oblige devant les juges et il est dressé acte ou lettres du contrat, comme s'il s'agissait d'une sentence (cf. jugement d'expédient (5). Ce n'est

(1) Esmein, p. 43, 210. Fournier. *Officialités*, p. 46. Tardif, *Procéd. aux XIII^e^ et XIV^e^ s.*, p. 108. Schwalbach, *Civilproz. d. Paris , Parl.* 1881. Saboulard, Thèse, 1889.

(2) La restitution du titre en cas de payement (époque franque) est la contre-partie de la *traditio cartae* ; on le déchire ou on l'annule par une mention écrite (*cassatura*). Si la restitution est impossible (et qu'il ne soit pas convenu que le payement ne se fera que contre restitution du titre, Brunner, *loc. cit.*), on délivre une quittance (*epistola evacuatoria*) ; le créancier tient son débiteur quitte (*quietus*) (parfois même sans payement). Marculf., 2, 35. *Form. Andec.*, 18. Beaum., 34, 21 ; 39, 60. P. de Font., 15, 22 Cf. Dig., *de pactis*, 1. Huber, IV, 837. Glasson, VII, 691 et suiv. *NRH*, 1886, 20, 178.

(3) Cf. cep., sur les donations, ci-après. Esmein, p. 31, 42, 44.

(4) Beaum., 68, 7 (ou par pleges). Bout., I, 25. *Const. du Châl.*, 79 : liance de lettres. Britton, 1, 29. Glanville, 10, 14 (écrit ou tradition). Ass. de Jérus., *C. des Bour.*, 216 : *me proumis a prester deniers et tu n'en pris gages ni pleges ni chartre saelée : la raison coumande que il n'en est tenus de rien prester.* Esmein, p. 43. En sens contraire (Tardif, Schwalbach) on peut faire valoir des passages de Beaum., 35, 1 : dans un autre chapitre nous parlerons d'autres manières de preuves ; 35, 18 : les lettres d'officialité ne valent qu'un seul témoin ; 39, 3. Cf. le *deed* anglais ou écrit scellé et délivré par le débiteur au créancier, qui n'est pas seulement un titre probatoire, mais un mode de contracter comme la *carta* franque. Pollock et M , II, 217 La cour du roi laissa de côté les formes anciennes *Handsale,* etc.) ; il fallut pour tout *covenant* produire une *specialty* ou *deed* (*factum*) ; au treizième siècle, tout homme libre a un sceau qu'il appose sur le parchemin constatant la convention.

(5) L'usage de contracter par devant la justice remonte à l'époque barbare ; mais, seul, le tribunal du roi pouvait donner acte du contrat (*placitum*), de façon à fournir aux parties intéressées une preuve inattaquable. Brunner, *Gerichtszeugniss*, 154. R. Hübner, *Gerichtsurkunden d. fränk.*

que par exception que l'on procède autrement. Selon Beaumanoir, il y aurait trois sortes de lettres obligatoires (1) : celles qui sont scellées du sceau du seigneur du lieu ou du roi (ou de leurs représentants, par exemple des baillis royaux, *lettres de baillie*) (2) ; celles qui sont scellées du sceau de l'officialité du lieu (3), et enfin celles qui sont scellées du sceau privé d'un

Zeit (ZSS., 25). Cf. Pertile, IV, 469. A l'époque féodale, les contrats passés en justice furent établis d'abord par records, puis par lettres. Beaum., 35, 23 ; 39, 6 ; 63, 11. J. d'Ibelin, 117, 121. *Sachsensp.*, I, 18, 2 ; 70 ; II, 10. Roisin, p. 65 et suiv. Angleterre : on s'en sert d'autant mieux qu'on n'a pas d'actes authentiques notariés. Blackstone, 2, 21. Pollock et M., II, 202 (recognizance), 205. Ainsi se développe partout cette application de la juridiction gracieuse.

(1) Beaum., 35, 18 ; 34, 59. Modèles : voy. aussi *Stilus Parl.*, *Gr. Cout.* Bout, I. 26.

(2) D'après Beaum., 35, 23 (cf. 1, 44, Ord. de Phil. III), ceux qui veulent prendre une **lettre de baillie** parce qu'ils n'ont pas de sceau ou parce que cette voie est plus sûre, doivent venir par devant le bailli, recorder le marché, puis requérir que des lettres leur en soient délivrées « *en la forme qui ensuit : A tous ceus qui ces presentes lettres verront ou orront, Phelippes de Beaumanoir, bailli de Clermont, salut. Sachent tuit que en nostre présence P. et J. reconnurent en droit qu'il, de leur bonne volenté et pour leur pourfit, avoient fet tel eschange.* » Suit le détail de la convention, puis l'obligation de la tenir et garantir (pour ceci et ce qui suit, renvoi à la formule de la vente, 35, 20) : *et cel marchié dessus dit ai je creauté a garantir a tous jours audit J. et a ses oirs contre tous* ; » le vendeur rendra tous les frais et dommages occasionnés par son défaut de garantie (cf. Ord. janv. 1324) et fournira cette garantie ; s'il le veut, il se peut obliger plus étroitement) dommages fixés sur le serment du créancier, 35, 19 : P. de Font., 15, 27) : « *et a ce tenir fermement j'ai obligi moi et mes oirs, et tout le mien present et à venir, muebles et eritages, a estre justicié par quelconque justice il pleroit au dit J. ou a ses oirs ou a celi qui ces letres porteroit, .. et a prendre, vendre et despendre sans nul delai dusques a tant que li cous et li damage seroient paié et que j'avrois fet loral garantie.* Viennent enfin les renonciations (cf. 35, 29) à droit, loi, canon, coutume, privilège de croix prise ou à prendre (ci-dessus, p. 305, t. II. P. de F., 17, 7, 14), indulgences du pape ou du roi, délais d'usage, exception *non numeratae pecuniae*, lésion d'outre-moitié, toutes exceptions ou défenses et à la règle « *generaus renonciacions ne vaut riens* (Meynial, *NRH*, 1900-1901). *Et pour que ce soit ferme chose et estable, j'ai en ces presentes letres mis le seel de la baillie de Clermont* (35, 24). *Ce fu fet en tel incarnacion et en tel mois.* » Pour les lettres d'un gentilhomme sur son sceau, Beaumanoir, 35, 20, constate leur remise au créancier. Beaum., 1, 41 ; 35, 6, 23. Bout., I, 106, 107. Le sceau royal est connu dans tout le royaume, tandis que le sceau du seigneur n'est connu que dans sa seigneurie. — *Add* Chirographes passés devant des échevins. Artois, 49, 12, éd. T.

(3) Selon Beaum., 35, 18 (cf. 39, 61 ; Bout., I, 107), elles ne valaient qu'un seul témoin quand elles étaient produites en Cour laie (sauf en matière spirituelle, par exemple mariage, testament). De même les lettres de Cour

simple gentilhomme, n'ayant pas de droit de justice, à supposer qu'elles constatent un engagement pris par lui (1). Le sceau conférait à l'acte l'authenticité de la force obligatoire ; aussi sa sincérité et son intégrité importaient-elles beaucoup ; s'il subsistait la moitié du sceau, cela suffisait, d'après Beaumanoir, pour la validité de l'acte (2). Ces lettres ne furent plus que de simples moyens de preuve (3) quand on admit la règle que le consentement suffisait pour obliger (4). Néanmoins on opposa, comme on le faisait déjà, **les écritures publiques** aux écritures privées (5). Les premières, émanées d'officiers publics, — d'où

laie produites en Cour de chrétienté. Mais exception pour la lettre le roi ou la lettre l'apostoile (pape) : celles-ci valent partout plein témoignage. Peu à peu le nombre des actes qui pouvaient recevoir l'authenticité de la part des officialités fut restreint. — P. Fournier, *Offic.*, p. 41, 195.

(1) Mais non à son profit. G. Durand, *Spec.*, 2, 22, 298. P. de F., 15, 22. Beaum., 35, 10, 18; 39, 73. Bout., I, 106, 107. *AC. Bourges*, 27 (cf. sceau du roi). Loysel, 781 (bibl.), 856. Les roturiers n'avaient pas de sceau authentique, ce qui les mettait dans la nécessité de s'adresser au seigneur, au bailli ou à l'official ; le gentilhomme y recourait aussi à cause des avantages qu'il y trouvait. En Normandie, où le servage a disparu de très bonne heure, les roturiers ont souvent des sceaux privés comme les nobles. De là, sans doute, la pratique anglaise des *deeds*. — Sur les sceaux et la signature, cf. ci-dessus, p. 48 et s. Cf. sur l'effet de l'acte scellé, Schultze, *Urkundenbew.*, 1894. Esmein, p. 126. Huvelin, Thèse (*Contrats en foire*).

(2) Beaum., 35, 11. Cf. Joinville, § 66 (le bas du sceau subsiste seul ; saint Louis exécute l'obligation contrairement à l'avis de son Conseil). Loysel, *l. c. Gr. C.*, p. 380.

(3) Sur les preuves en général, cf. bibliographie dans Camus et Dupin, nos 1726 et suiv. *Add.* Pratiques, cf. t. I, et Traités sur la procédure, voy. Camus et Dupin (Pothier, Pigeau, etc.); sur l'art notarial (Ferrière), *Répertoires* de Ferrière, Guyot, etc. Ordonnances dans la *Conf.* de Guénois, t. 4; Isambert, vis *Témoins*, *Enquête*, etc. Bonnier, *Tr. des preuves*, 4e éd., 1874. *Tract. univ. j.*, t. 4. — Textes anciens, cf. Beaum., c. 35, 39. Bout., I, 105 et suiv. Masuer, 16 et suiv. Artois, éd. Tardif, 49. — Pollock et M., II, 595.

(4) Comme on se demande si elle n'était pas déjà reçue du temps de Beaumanoir, il est aisé de comprendre qu'on hésite sur le caractère obligatoire ou simplement probatoire des lettres. Confusion de la *carta* et de la *notitia*.

(5) Preuve littérale en droit canon. **X**, 2, 22 (*de fide instrum.*). Tancred., 3, 3. G. Durand, *Spec*., 2, 2. Lancelot, *Inst.*, 3, 14. P. Fournier, *Officialités*, p. 194 et 41 (actes notariés). — Dr. français. Beaum., 35. Schwalbach, p. 112. Tardif, *Procéd. aux XIIIe et XIVe s.*, p. 108. Bout., I, 106, 107; II, 4. R. de Fresquet, *R. de lég.*, 1870, p. 13. Schultze, *Z. Lehre v. Urkundenbeweise*, 1894. — Cf. Notaires et Actes notariés, t. I. Derome, *R. Wolowski*, t. 34 et suiv. (Hist. de la preuve litt.). Britz, 783. Guénois, *Conf. des Ord.*, 4, 1. Glasson VI, 538.

leur nom, — étaient principalement l'œuvre des notaires, c'est-à-dire des représentants du roi ou des seigneurs; l'apposition du sceau de juridiction (1) leur conférait deux prérogatives, l'authenticité et la force exécutoire, sans compter l'hypothèque dont il sera question plus loin; elles faisaient donc pleine foi en justice (2) et elles donnaient aux créanciers un moyen d'exécution sûr et rapide. Cette autorité s'explique historiquement; les actes notariés sont des actes de juridiction gracieuse; ils ont été rédigés d'abord en la présence du juge, puis hors de sa présence; mais c'est toujours, dit Loyseau, *le juge qui parle en iceux*. Elle présente le grand avantage pratique de couper court à bien des chicanes, sans avoir d'inconvénients sérieux quand les notaires offrent des garanties de moralité et de capacité. Quelques pays, notamment l'Angleterre, se sont pourtant refu-

(1) Loyseau, *Offices*, 2, 5, 60. Cf. sur l'apposition du sceau, p. 905; *add.* Décl. 27 sept. 1697 unissant les gardes des petits sceaux au corps des notaires. Ferrière, v° *Sceau de justice*. Masuer, 18, 6 (bibl.). Sur les protocoles, minutes, copies, voy. ci-dessus, p. 34. Masuer, 18, 18; 37; 53, etc. Rebuffe, *de litt. obl.*

(2) La **force probante** de l'acte scellé varie avec le sceau dont il est revêtu; ainsi le sceau seigneurial n'a pas d'efficacité en dehors de la seigneurie, le sceau de l'official en dehors du diocèse (Beaum., 39, 71-76; 35, 18). En principe, les lettres scellées valent pleine preuve. Mais on peut les fausser, c'est-à-dire prétendre qu'elles sont fausses ou falsifiées (sceau brisé, grattages, etc.). Beaum., 35, 9 et suiv.; ou s'attaquer à leur contenu en invoquant un alibi, ibid., 35, 25; si elles contiennent les noms de personnes appelées pour servir de témoins et si ces personnes déclarent qu'elles n'ont pas assisté à l'acte ou attestent le contraire de ce qu'il porte, l'acte est annulé, ibid., 39, 59; Beaumanoir nous apprend que pour éviter ces cas de nullité, on a perdu l'habitude de faire figurer dans l'acte les noms des témoins. Ces témoins ou *garants* (*Jost.*, p. 156. *AC. Bayonne*, 85, 5. *AC. Anjou*, I, 56) se retrouvent pourtant dans nos témoins instrumentaires. Cf. Huber, IV, 837, 17. Glasson, 7, 592. Evidemment aussi, quand l'acte constate une dette, on peut prétendre qu'il y a eu payement (Usage de le restituer, de le déchirer en pareil cas. Beaum., 34, 21; 35, 10; 39, 3, 22. Masuer, 18, 59. Toulouse, *de fide instr. de solut.*). Dans ces termes, l'acte public fait foi, mais seulement jusqu'à preuve contraire, et non jusqu'à inscription de faux. Masuer, 18, 53. Imbert ne parle encore que de l'inscription de faux contre les dépositions des témoins. L'Ord. de Charles VII de 1453, art. 17, avait défendu d'attaquer un acte public sous prétexte de faux sans porter une accusation criminelle de faux, dans un cas particulier, quand il s'agissait d'un jugement changé par les juges après avoir été prononcé (Isamb., IX, 211). Fontanon, s. Masuer, éd. 1600, p. 344, semble voir là une décision générale. C'est que, sans doute, la pratique, de son temps, l'avait généralisée. Fleury, *Inst. au dr. fr.*, II, 298. Ord. crim. de 1670, t. IX. Ord. 31 janv. 1683; fév. 1737. Glasson, *Précis de procéd. civ.*, I, 542.

sés à l'admettre ; on y exige que tous les actes soient vérifiés en justice ; les particuliers s'adressent d'ordinaire pour leur rédaction à des *attorneys* qui sont en même temps procureurs ; cela n'est pas sans danger, puisque le devoir du scribe est de prévenir les procès et l'intérêt du procureur d'en susciter le plus qu'il pourra. Dans les pays allemands, la tendance semble être de faire rentrer le notariat dans les attributions judiciaires ou, du moins, de transporter aux juges les fonctions les plus importantes des notaires (1). — Les **écritures privées** n'acquéraient de force probante qu'en vertu d'une reconnaissance ou aveu en justice de la part du signataire (2) ou encore à la suite d'une procédure de vérification d'écriture ; l'acte sous seing privé ne faisait-il pas foi de sa date à l'égard des tiers, sauf s'il était contrôlé (quand le contrôle exista, Edit de 1580 rapporté en 1588, Edit 1693). Le privilège des gentilshommes de posséder un sceau authentique n'avait plus de raison d'être au déclin de la féodalité : il disparut ; et les jurisconsultes du seizième siècle, comme Dumoulin, n'hésitent pas à affirmer que leurs sceaux ne valent pas plus qu'une signature privée (3). — Les actes privés n'avaient qu'une efficacité restreinte ; le témoignage oral en eut encore moins (4). Les **témoins** étaient sus-

(1) Bonnier, *Preuves*, II, 18. — Héraud, *Formalité du double*, 1901.

(2) Acte sous seing privé. Bout., I, 106. *AC. Picardie*, p. 115, éd. Marnier. — Actes inscrits sur les livres domestiques, registres des marchands. Masuer, 18, 34. Huber, IV, 838, 18. Posse, *Privaturk.*, 1887. Bresslau, *Forsch. f. DG*, 26. Schupfer, *R. ital. Sc. giur.*, 1889, 345. — Titres de crédit, ci-après.

(3) Dumoulin, s. Paris, 1, 8, 12 : *sigilla* (*nisi principum et ducum, comitum vel baronum majorum, non sunt authentica sed privata, et sic non magis probant quam scriptura vel subscriptio privata, quae nullius est fidei nisi sit recognita aut alias verificata.* Ord. Moulins, 54. Danty, *Preuves*, 2e p. n° 2. L'évolution du droit anglais s'est faite en sens inverse : la lettre scellée du sceau des gentilshommes s'y est conservée dans le *deed*, sorte de titre qui remplace en Angleterre les actes notariés. Le droit français a assimilé les gentilshommes aux roturiers en leur enlevant le droit de sceau ; le droit anglais a assimilé les roturiers aux gentilshommes en leur donnant ce droit.

(4) Preuve testimoniale. — Epoque franque, Cf. t. I (bibl.). Brunner, II, 391, et Index, v° *Zeugen*. Schrœder, p. 361 Dr. canon. **X**, 2, 19 et suiv. Tancred., 3, 6. G. Durand, *Spec.*, I, 4. Lancelot, *Inst.*, 3, 14. Hericourt, *Lois eccl.*, Table, v° *Témoin*. P. Fournier, *Offic.*, p. 184. Dr. français. Beaum., 39 et 40. *Stil. Parl.*, 27. Bout., I, 65, 105. Masuer, 17. Imbert, I, 39 et s. Boiceau et Danty, *Preuve par témoins*, 7e éd., 1789 (1re éd. de Boi-

pects pour bien des raisons. Quiconque n'a pas assisté à une enquête n'arrivera pas à se rendre compte de la difficulté qu'il y a à extraire la vérité des dépositions confuses et inexactes des mieux intentionnés ; aux autres, l'argent ou les menaces suggèrent des mensonges (1); la mort enlève les uns et l'âge ou la maladie (2) font perdre la mémoire aux autres (3). La preuve préconstituée qui résulte des actes écrits est manifestement supérieure, d'autant qu'on arrive à les soustraire dans une large mesure aux chances de perte ou d'altération (4). L'Ordonnance de Moulins, février 1566, art. 54, voulant éviter, dit-elle, les *involutions de procès*, prescrivit de passer contrat de toutes choses excédant la valeur de 100 livres (5). Désormais on ne

ceau, 1582). — Tardif, *Procéd. aux XIII^e^ et XIV^e^ s.*, p. 101. Guilhiermoz, *Enquêtes et Procès*, 1892. Aubert, *Hist. du Parl. de Paris*, t. II, 1894. Tanon, *L'ordre du procès civil au XIV^e^ s.* R. de Fresquet, *R. de lég.*, 1870, p. 13. 1884. Sur la procédure de l'enquête, longs détails dans ces ouvrages et dans ceux qui sont cités plus haut, à propos des Preuves en général. Beaum., 40. *Add.* Aubert, *BCh.*, 1890. *Sources de la procéd. au Parl.* Ducoudray, *Orig. du Parl.*, p. 407, — Incapacités de témoigner, excuses, reproches, obligation de témoigner (*Etabl. de saint Louis*, I, 2), secret professionnel (Chaisemartin, p. 469), serment préalable de dire la vérité, interrogatoire secret (l. 14. Cod. Just., *de test.* : traduction erronée du mot *secretum*, local où le juge entend les témoins), *publicatio testium* dans le Midi et les justices inférieures du roi, tandis qu'au Parlement (à l'exemple de l'Inquisition) on communique les dépositions, sans faire connaître les noms des témoins, enquêtes à futur (Stat. de Marseille, 2, 14), etc. : autant de points sur lesquels des développements seraient nécessaires. Guénois, *Conf. des Ord.*, 4, 3. Britz, p. 807. Sée, *De jud. inq.*, 1890.

(1) Il n'en fallait pas tant pour justifier la règle tirée de l'Ecriture : *Testis unus testis nullus.* Deutéron. XIX, 2, 15. Matthieu, XVIII, 16. **X**, 3, 26, 10. G. Durand, *Spec. de teste*, § 11. Beaum., 49, 5. Toulouse, *de test.* Montp., 25 et suiv. Loysel, 779.

(2) De là les enquêtes à futur. Masuer, 17, 1 (et p. 307).

(3) Loysel, 770 : Qui mieux abreuve mieux preuve. *Schwabensp.*, 36^a^. Ces inconvénients s'aggravaient avec le système des *preuves légales* qui a prévalu dans l'ancien droit et qui a son origine dans la pratique de l'époque barbare. Cf. Les Preuves, t. I. On y a substitué le système de l'*intime conviction* qu'on trouve déjà à Rome et dont il y a des traces en dr. canon. P. Fournier, *Offic.*, p. 193. Cf. Beaum., 39, 19. Loysel, 867. — *Add.* Glasson, VI, 553.

(4) Perte. Masuer, 18, 17, 51.

(5) Ord. Moulins, art. 54 : de toutes choses excédans la valeur de cent livres seront passez contrats par devant notaires..., sans recevoir aucune preuve par témoins outre le contenu au contrat ni sur ce qui serait allégué avoir esté dit ou convenu avant icelui, lors et depuis; en quoi n'entendons exclure les preuves... faites par les parties sous leurs seings, sceaux et écritures privées. Ord. 1667, 20, 2 (*actes* au lieu de *contrats* pour écarter

dit plus : *Témoins passent lettres*, mais bien : *Lettres passent témoins* (1).

§ 5. — *Les nullités des contrats* (2).

1. — La **nullité** d'un contrat tient surtout, dans le très ancien droit, à l'inobservation des formes ; l'absence des conditions de fond, comme le consentement, n'a pas la même importance que dans le droit moderne, parce que, d'ordinaire, si l'acte est régulier en la forme, les conditions de fond ne font pas défaut. Au contraire, dans le système des contrats consensuels, la question de nullité se complique et devient capitale. P. de Fontaines, c. 15, Beaumanoir, c. 34, ayant à traiter des conventions, se demandent tout d'abord qu'elles sont celles que l'on doit tenir, celles qu'il n'y a pas lieu de valider.

2. — **Origine de la théorie des nullités.** — Le droit canonique emprunta au droit romain sa théorie des nullités et en particulier la distinction entre les nullités *ipso jure* et *exceptionis ope* ou *per in integrum restitutionem* (3). Mêmes cas d'application, sauf que l'absence des formes de la stipulation n'empêchait pas le contrat d'être valable (4). A son tour, le droit coutumier subit l'influence canonique et romaine. Dès le treizième siècle, on

des difficultés et généraliser davantage). La preuve testimoniale se trouve ainsi prohibée sauf exceptions. C. civ., 1341.

(1) Bout., I, 106 (p. 620) : sachez que la vive voix passe vigueur de lettres, si les témoins sont contraires aux lettres et se doit le juge plus arrêter à la déposition des témoins qui de saine mémoire déposent [et rendent sentence de leur déposition qu'à la teneur des lettres qui ne rendent cause]. La glose exigeait trois ou quatre témoins pour écarter un acte public; Hostiensis et les canonistes se contentent de deux. Masuer, 18, 13, 53. Loysel, 774, J. Faure, s. I, 15, Cod. Just., *de fide instr.* (Distinctions). Cf. ci-dessus, p. 455, 460, t. II.

(2) Bibliographie. — Ci-dessus, p. 419, t. II. — Romanistes, par ex. sur le t. de *Inut. Stipul.*, Inst. Just. (Jean Faure, f° 86, etc.). — Canonistes, sur **X**, 1, 41, *de in integ. rest.*, et 2, 14, *de dolo.* — Domat, *Loix civ.*, 1, 1, 5. — Pothier, *Tr. des Oblig.*, 1761, 1764. — Ferrière, Denisart, Guyot, v^is^ *Nullité, rescision.* — Glasson, VII, p. 599. — Mortet*, Thèse, 1878. — Skedl, *Nichtigkeitsbeschwerde*, 1886. — Freund, *Lug und Trug* (droit musulman), 1894 (cf. *KVJ*, 15, 354). — Pollock et M., II, 533. — Renard, *L'idée d'annulabilité chez les interprètes du dr. romain au moyen âge*, *NRH*, 1903, 214.

(3) Fournier, *Offic*, p. 226.

(4) **X**, 1, 41, 8; 3, 17, 3 et 6; 1, 40, 2; *Dec. Grat.*, I, 43, q. 10, 4. G. Durand, 2, 3.

trouve dans Beaumanoir l'opposition entre les contrats nuls et ceux contre lesquels on peut seulement invoquer une *barre*, demander l'*entérine restitution* (1). Les contrats annulables peuvent être confirmés ou validés par une courte prescription (2) ; il ne paraît pas qu'il en fût de même pour les contrats nuls. Mais si cette différence peut être relevée, il faudrait se garder de croire que la distinction entre la nullité et l'annulabilité ait été bien précisée par nos anciens auteurs ; leur langage et leurs idées sont loin d'être arrêtés ; le mot de nullité est le seul qu'ils emploient pour désigner à la fois ces deux situations distinctes (3) ; tout au plus, dans les derniers temps, dit-on souvent *nullité absolue* dans le sens d'inexistence, *nullité relative* pour annulabilité.

3. — **Nullité et rescision** ou restitution en entier. — Au treizième et au quatorzième siècle, toute nullité est prononcée d'office par le juge. Vers le quinzième siècle (4), le droit change ; il est question de deux classes de contrats annulables : *a)* les nullités instituées par les Coutumes et les Ordonnances sont appliquées *de plano* par les tribunaux (5) ; *b)* des lettres royales de rescision sont nécessaires pour invoquer celles qui émanent du droit romain (6). **Voies de nullité n'ont point de lieu**, dit-on (7) : c'est-à-dire qu'il faut des lettres de rescision pour les faire valoir ; mais ce n'est vrai que pour les nullités romaines. Quelle est la cause de cette innovation ? Presque tous les

(1) Beaum., 16, 8; 34, 29; 16, 4, 11. Cf. Bout., 1, 40, 19, 92. *Olim.*, III, 202 (a. 1306); 1180 (a. 1317). — Capitul. VII, 288; V, 181, 362.

(2) An et jour. Beaum., 34, 29. Bout., 1, 20. Masuer, 29, 19. *NRH.*, 1888, 326.

(3) Rebuffe, *Tr. de resc. contr. pr. : contractus aut nullus est, aut tenet, sed tamen est annullandus.* Au premier cas, on demande *ut declaretur nullus* ; au deuxième cas, qu'il soit rescindé. D'Argentré, *Cons. Brit.*, a. 283, gl. 1, nos 7-10. Dunod (XVIIIe s.), *Prescr.*, p. 47 (nullité absolue et nullité respective). Bouhier, *s. Bourg.*, 19, 12. Cf. Pothier, *Oblig.*, 1, 1, 1, 1, 3; 3, 2 et 3; *Proc. civ.*, 5, 4, 1. Cf. Domat, 1, 1, 5; 4, 6, 2 et 3. Ce n'est pas sans peine que la doctrine classique s'est formée de nos jours.

(4) Bout., I, 92 et notes de Charondas. Ord. 1536, 18, et 1539, 134. Du Cange, v° *Rescissio* : en 1481, lettres de relèvement en pays de droit écrit ; elles sont probablement antérieures en pays de coutumes.

(5) Par exemple contrat usuraire (Ordonnances), actes d'une femme mariée non autorisée (Coutumes).

(6) Par exemple dol. Pollock et M., II, 533 : bref *de deceptions* (sous Jean).

(7) Loysel 706. Imbert, *Inst. for.*, 1, 3, 3; *Enchir.*, v° *Contracts, Nullité.* Ragueau, *h. v°.* — Ce qui peut s'entendre aussi en ce sens qu'en l'absence d'un texte, un acte ne saurait être nul. — Cf. en mat. de procédure, Glasson, *Précis de procédure*, I, 14. — Cœpolla, *Tr. cautel.*, 1732.

anciens jurisconsultes répondent : c'est que les dispositions du droit romain n'avaient force exécutoire en France qu'avec la permission du roi (1). De nos jours on en a proposé d'autres explications. Pour les uns, les lettres de rescision seraient dues à l'esprit de fiscalité de l'ancienne royauté ; pour les autres, ce serait un des moyens employés pour restreindre la juridiction des juges seigneuriaux (on leur enlevait la connaissance des demandes en rescision). Mais pourquoi la réforme eût-elle été limitée aux nullités romaines, si elle n'avait eu qu'un but politique ou fiscal. Il est plus probable qu'il faut s'en tenir à l'explication de nos anciens auteurs, la raison politique ou fiscale s'y ajoutant simplement et la fortifiant. Cependant l'explication ancienne elle-même a besoin d'être complétée. A la prendre, en effet, telle que la donnent les jurisconsultes coutumiers, il aurait fallu exiger des lettres pour l'application de toutes les règles romaines, ce qui n'arriva point. On ne le fit que pour les nullités inconnues du droit coutumier ancien, opposées à ses principes, d'un caractère assez exceptionnel pour que leur introduction eût besoin de s'appuyer sur l'autorité royale. La nécessité des lettres de rescision fut étendue (évidemment pour des raisons fiscales) aux pays de droit écrit (2). En ce sens, il y eut extension ; en un autre, restriction ; la pratique exigea d'abord des lettres en cas de nullité *ipso jure* aussi bien qu'en cas de nullité *per exceptionem* ou *in integrum restitutionem* (3) ; à la fin du dix-septième siècle (4) et au dix-huitième siècle (5), les lettres de rescision ne sont plus requises pour les nullités *ipso jure* (6). Leur usage fut aboli par la loi du 7 septembre 1790, art. 20-21.

(1) Guy Coquille, *Instit.*, p. 7; *s. Nivernais*, p. 2. Imbert, *Enchirid.*, v° *Contrats*. Charondas, *Réponses*, III, 102.

(2) G. Pape, *Dec.*, q. 141, 143. Cf. Dupérier, *Œuvres*, III, 186. Mortet, p. 115 (cit.). Cf. bénéfice d'inventaire, ci-contre. Exceptions pour la Lorraine et la Franche-Comté. Argou, II, 13.

(3) Rebuffe, *In const. reg.*, p. 423. Charondas, *Pand.*, II, c. 28. Pasquier, *Interpr. des Inst.*, p. 139. Despeisses, *Œuv.*, I, 808. Mornac, s. l. 16, D., *de min.*; c. 3, C., 2, 22. Par exemple défaut de formes, objet illicite. En pareil cas, le droit coutumier ou les Ordonnances s'accordaient, d'ordinaire, avec le droit romain pour annuler l'acte.

(4) G. Coquille, *Inst.*, p. 7. Ferrière, *s. Paris*, 223. Fleury, *Inst.*, 2, 43.

(5) Pothier, *Procéd.*, 727. Guyot, *Rép.*, v° *Nullité*, § 7.

(6) En pratique, on prenait souvent, pour prévenir toute difficulté, des lettres en cas de nullité *ipso jure*. Argou, *Inst.*, II, 480. Dupérier, *Œuv.*, III, 401.

4. — La **nullité absolue** résultait de l'absence de consentement (1), du défaut d'objet ou de cause (2), du caractère illicite ou immoral de l'objet ou de la cause (3) (laide cause). La **cause** (4) pour les anciens jurisconsultes correspond au *quid pro quo* ou à la *consideration* du droit anglais (5); ils ont pris pour point de départ les idées romaines sur la *condictio sine causa*, sur les contrats innomés, sur les nullités des stipulations, et de là ont tiré la règle : pas d'obligation sans cause. *Cil n'a mie bele reson de demander*, dit P. de Fontaines, 15, 13, *qui demande por ce que on li convenança, sanz autre reson metre avant* (6). On accepta d'autant plus facilement ce principe qu'il cadrait dans beaucoup de cas avec la théorie plus ancienne de la nécessité de l'exécution au moins partielle du contrat pour qu'il en résultât une obligation (7). Les actes synallagmatiques portent leur cause en eux-mêmes : l'engagement pris par une partie explique et justifie l'engagement de l'autre (par exemple vente). Mais le contrat unilatéral ne révèle pas toujours sa cause; il se réduit parfois à une simple promesse abstraite (je payerai tant à X...) (8). Sous cette forme, le droit romain le validait en principe, sauf à permettre de l'attaquer d'une manière détournée et d'en paralyser les effets; notre ancien droit ne reconnut pas d'effets à la simple promesse, à moins qu'elle ne reposât sur une cause licite (par exemple je payerai 100 qu'on m'a prêtés ou pour qu'on me construise un mur) (9). La question se posa

(1) *Jostice*, 2, 16. Sur les promesses pour autrui, ci-après. Bout., I, 40.

(2) Boutaric, *Actes du Parl.*, II, n° 6446 (a. 1321).

(3) Par exemple intérêts, concubine, etc. P. de Font., 15, Beaum., 34, 2, 23; 38, 15; 70, 2; etc. Bout., I, 25. *Jost.*, p. 100, 325. Mont., 67 (jeu). Si l'on veut se faire une idée des variations du droit sur ce point, il faut se rappeler que les assurances sur la vie étaient prohibées comme immorales (Ord. 1681); Portalis, dans son *Discours préliminaire sur le Code civil* les flétrit; cette institution, qui implique un *votum mortis*, n'a pu se développer, dit-il, que chez les Anglais, là où un vil esprit de commerce a étouffé la conscience.

(4) Domat, *Loix civ*, 1re part., t. des Conventions. Ferrière, Guyot, *h. v°*. Pothier, *Oblig.* — Timbal, Thèse, 1879.

(5) Ci-contre, p. 456, t. II.

(6) *Summa Norm.*, 90, 3 : *ex promisso nemo debitor constituitur nisi causa precesserit legitima promittendi.* Au contraire, l'écrit dispensait de cause dans la théorie ancienne. Ci-contre, p. 447, 448, t. II.

(7) Esmein, p. 64. Boiceau, *Preuve par tém.*, II, 3 (lettres de rescision).

(8) Dans la donation, on a qualifié de cause l'esprit de libéralité.

(9) Charondas sur Bout., p. 841 (II, 37); *Pand.*, p. 542; *Cout. de Paris*, p. 105.

surtout à propos des actes sous seing privé ou billets non causés ; la cause n'y est pas indiquée tantôt parce qu'elle est illicite, tantôt pour plus de simplicité (1). Le billet ainsi libellé était-il une preuve suffisante de l'existence du contrat ? Les romanistes penchaient pour l'affirmative ; ceux qui étaient plus fidèles à l'esprit de l'ancien droit soutenaient que titre et promesse étaient nuls comme faits sans cause. On batailla là-dessus jusqu'à la fin sans pouvoir s'entendre. De ces discussions est issu l'obscur article 1132 du Code civil (2).

5. — La **nullité relative** atteignait les contrats passés par les femmes mariées sans autorisation (3) ou par les prodigues interdits (4) ; le cocontractant était obligé civilement envers l'incapable (5) et celui-ci tenu seulement d'une obligation naturelle, à l'époque où cette théorie romaine pénétra dans la doctrine (6).

6. — La **rescision** avait lieu en cas de vices du consentement, violence (*force*, *paour*), dol (*barat*, *mauvais engin*, *male tricherie*),

(1) Les Décrétales ont, en quelque sorte, donné de la l. 25, 4, Dig , *de prob* , un commentaire officiel, **X**, 2, 22, 14 : *Si cautio quam a te indebite proponis expositam, indeterminate loquitur, adversarius tuus tenetur ostendere debitum quod continetur in ea. Sed si causam propter quam hujusmodi scriptura processerit, expresseris in eadem, confessioni tuae statur, nisi probaveris te id indebite promisisse.* Beaum., 35, 22 : la letre qui dist que je dois deniers et ne fet pas mention de quoi je les dois, et souspechonneuse chose de malice et quant tele letre vient en cort, si doit savoir le juge la chose dont tele dete vint, avant que il le face paier. — Bout., II, 37 (p. 839 : *Ego T. confiteor tibi debere C;* billets en blanc au porteur). — Toulouse, 44 (cf. art. 17, 26 et suiv., 43) : *instrumenta debitorum valent, quamvis non contineantur in instrumentis causae pro quibus debentur debita.* Casaveteri, f° 20 v° (inappliquée). Soulatges, p. 38. Montp., 42. Serres, *Inst.*, 3, 22.

(2) Merlin, *Q. de droit*, v° *Cause*. Denisart, *ibid.* Ferrière, v° *Promesse*. Auteurs et arrêts cités en grand nombre. La difficulté se compliquait par suite du rejet de l'*exception d'argent non nombré*. Loysel, 707. Beaum., 35, 20. *AC. Anjou*, t. IV, p. 340. 363. Bout., I, 55. *NRH*, 1888, 319. Distinction entre : Je reconnais devoir et Je promets de compter ! Cf. Lettre de change.

(3) Beaum., 43, 22 ; 34, 50, 56 ; 70 7. Desm., 289. Bout., I, 19 ; II, 29. Ci-dessus, p. 95 et suiv., t. II.

(4) Ci-dessus, p. 192, t. II. Cf Boutaric, *Actes du Parl.*, I, 2964. *Coul. not.*, 178. Pothier, *Obl.*, 1, 1, 1, 4. Nullité des actes des interdits pour démence.

(5) Cf. Beaum., 34, 56 : *L'en ne puet suir de convenance muel, ne sourt qui n'oit goute, ne forsené, ne fol naturel, ne sous aagié, ne fame ou tans qu'ele a seigneur*, 12, 45.

(6) Domat, 2, 7, 1, 11. Pothier, *Obl.*, 192. Dunod, *Prescr.*, p. 127. Mortet, p. 131.

erreur (1), en cas de lésion *quelconque* subie par un mineur (2) (*minor restituitur non tanquam minor, sed tanquam laesus*) (3), *d'outre-moitié* s'il s'agissait de majeurs et seulement pour la vente et les contrats commutatifs (*lésion énorme*) (4) enfin en cas de violation par les femmes du sénatusconsulte Velléien (5), par les fils de famille, en pays de droit écrit, du sénatusconsulte Macédonien (6). Le contrat sujet à rescision produisait tous les effets d'un contrat valable jusqu'à l'entérinement (7) des lettres de rescision (8). Seul, l'intéressé était autorisé à le faire rescinder, soit par voie d'exception, soit par voie d'action; il ne lui suffisait pas pour triompher de démontrer qu'il y avait une juste cause de rescision, il devait encore justifier d'une lésion (9) : *Sans grief, pas de nullité.* Dans le cas de lésion énorme, il était loisible au défendeur d'éviter la rescision en indemnisant son adversaire. Le droit à la rescision se perdait par la ratification du contrat (10) ou la prescription décennale

(1) P. de F., 15, 50; 16. Beaum., 6, 25; 33, 6; 34, 26 et suiv. *Jost.*, p. 111 et s., 155. Bout., I, 19, 20, 54, 101; II, 25. *L. d. droiz*, n° 145. *AC. Anjou*, t. II, p. 106, etc. Desmares, 141. *Olim*, III, 560. Boutaric, *Actes du Parl.*, II, 3308, 6867. Mortet, p. 133. Siegel *Akad. Wien.*, 128 (contrainte). — Loysel, 830.

(2) Ci-dessus, p. 185, t. II. P. de Font., 14, 10, 24 : 15, 35. *Jost.*, 3, 5, 7; 9, 1. Beaum., 16, 8. 11 (Cf. Dr. rom.). *Const. du Châtelet*, 72. *Olim*, II, 205.

(3) Flach, p. 94 et les auteurs cités (contradictions).

(4) *Wis.*, 5, 4, 7. *Bai*, 17, 9 (le prix vil n'annule pas la vente. *Secus*, **x**, 3, 17, 3, 6. Giraud, 2, 58, *Olim*, III, 480 (a. 1307), Masuer, 23, 7, 40. Pothier, *Vente*, n° 333. Stobbe, § 185. Pertile, 4, 503. Glasson, 7, 622. Ci-après, vente.

(5) Ci-contre, p. 156, t. II. Thévenin, *Textes*, n° 131. Labbe, *Conc.* IX. 473, c. 19.

(6) Ci-contre, p. 119, t. II.

(7) Entériner = approuver, confirmer, accomplir, en quelque sorte rendre entier. Du Cange v° *Interinare. Integrare.* Ragueau, Ferrière, etc. *h. v°.* Quand le juge entérine des lettres de restitution ou de rescision, il reconnaît que les causes pour lesquelles elles ont été émises sont véritables, qu'elles n'ont pas été données sur un faux exposé; en conséquence il les approuve et en ordonne l'exécution. *Et. de saint Louis*, II, 34, 37.

(8) Forme de ces lettres. Mortet, p. 119. — Lapeyrère, *Décis.*, p. 381. Bourjon, I, p. 583. D'Aguesseau, éd. 1772, II, 262.

(9) Guyot, v° *Lésion*. Charondas, *Pand.*, 2, 40.

(10) Les renonciations faites d'avances dans les actes étaient fréquentes et on les confirmait par serment. Ci-contre, p. 188, t. II. Beaum., 35, 20. Masuer, 18, 12 (la renonciation générale est nulle). Cf. Cod. Just., 2, 27, 1. *BCh.*, 1849, p. 455; 1856, p. 466; 1874, p. 415. Charondas, *Pand.*, 2, 40. Despeisses, I, 807. Pothier, n° 103. Ferrière, v° *Renonciation*.

(Ord. 1510, 46) (1); l'exception de rescision ne se prescrivait pas (2).

§ 6. — *Quelques contrats* (3).

1. — Le prêt à intérêt (4). — A° **Pourquoi il fut défendu?** La prohibition du prêt à intérêt s'est maintenue à travers tout

(1) Ord. 1539, 134. L'Hommeau, p. 320.

(2) *Temporalia ad agendum, perpetua ad excipiendum.* Imbert. *Enchir.*, v° *Exception.* Henrys, *Œuv.*, II, 961. Dunod, *Prescr.*, p. 206.

(3) L'étude détaillée des contrats nous entraînerait trop loin ; nous devons nous borner à présenter, à propos de quelques-uns d'entre eux, quelques théories particulièrement importantes. Pour les autres, une courte bibliographie suffira. Cf., en général, Livres des comptes (fr. Bonis, Jacme Olivier, etc.).

(4) Endemann*, *Studien in der romanisch. kanonist. Wirthschafts und Rechtslehre*, I, 1874; II, 1883 (bibl.); Neumann, *Gesch. d. Wuchers in Deutschland*, 1865; Funk, *Zins u. Wucher*, 1868; *Gesch. d. Kirchlich. Zinsverbotes*, 1876. Roscher, *Gesch. d. Nationalökon.*, 1874. Bruder, *Zfg Staatsw.*, 33, 4 (1877). Janssen, *Gesch. d. d. Volks*, I, 432 (15e éd.). Viollet, 681. Glasson, 6, 689; 7, 606. Champeaux, *Gr. Encycl.* v° *Prêt.* Theureau, *NRH*, 1893, 708 (cf. Reinach, *ib.*, 1894. 125). Pertile, IV, 589 (bibl.). Salvioli, p. 498. Thèses, par exemple Pelisse, 1877 (cf. Houdoy, *NRH*, 1878, 168). Djuvara, Favre, Britz, 898.

Au point de vue économique surtout, cf. Cibrario, *Econ. p. au moyen âge*, 1840. Cossa. *Teorie econ. d. M. E.* (*R. Ist. lomb.*, 1876). Ashley*, *Hist. des doctr. écon. de l'Angl.*, tr. fr., I, 186; II, 451. Brants, *Théor. économ. au XIIIe et au XIVe s.*, 1895. Lamprecht, *Deutsches Wirthschaftsleben*, 1892. *Stimm. aus Maria. Laach*, 1884 (art. de Beisel et de Lehmkuhl). Mossman. *Rhist.*, 10, 35. Amiet, *Z. f. sehweiz. Gesch.*, 1877. Faucon, *BCh.*, 1879 (prêts au roi). D'Arbois de Jub, *Rhdr.*, 4, 418; 5, 521 (taux). De Santi et Vidal, *Deux livres de raison* (1900), p. 121 et suiv. P. 1422. G. Mayer, *Essai s. les orig. du crédit en France, du XIIe au XIVe siècle*, 1902.

L'ancienne littérature est très riche. Outre les théologiens (cf. saint Thomas, *Summa theol.*. sec. sec., q. 77, 78, etc.), citons : Dumoulin, *Tractatus contractuum usurarum*, 1546. Grimaudet, 1623. Saumaise, *De modo usur.*, 1639. *Confér. ecclés.* de *Paris s. l'usure*, 1760. Pothier, *Tr. du prêt de consomption*, 1767. Turgot, *Prêts d'argent*, 1767. Gouttes, *Th. de l'intérêt*, 1780 (favorable). Maultrot, 1787 (hostile). Bentham, *Défense of usury*, 1787 (tr. fr., 1827). Camus et Dupin, p. 349. Ci-après, Rentes. Pasquier. *Inst.*, p. 529. G. Durand, 2, 3, etc.

Législ. anciennes. — Caillemer, *Et. s. les antiq. jurid. d'Athènes.* Le contrat de prêt, 1870; *Dict. des Antiq.* de Daremberg, v° *Fœnus.* Guiraud, *La propriété foncière en Grèce*, 1893, p. 278. Beauchet, *Dr. privé athén.*, IV, 243. Platon, *Gr. Encycl.*, v° *Prêt* ; *Démocr. et Rég., fiscal*, 1890; *Socialisme en Grèce*, 1897. Billeter, *Gesch. d. Zinsfusses*, 1898. Girard, p. 509. Saalschütz, *Mosaïs. Recht*, 1853. Post, II, 411. Dareste, *Etud.*, 89, 95, 132, 197, 332.

l'ancien droit: on n'y admit que le prêt gratuit, tandis que les lois romaines permettaient de faire produire des intérêts à l'argent prêté (1). L'Eglise tira cette prohibition : 1° des préceptes mosaïques (2) selon lesquels les Hébreux, quand ils prêtaient de l'argent, n'étaient autorisés à exiger d'intérêts que des étrangers; entre eux, ils devaient se traiter en frères et se contenter de la restitution du capital; des paroles de l'Evangile de saint Luc, VI, 35 : *mutuum date nihil inde sperantes* (3) et de l'esprit de fraternité qui est le fond de la doctrine du Christ (4). La règle une fois établie, appliquée, on trouva pour la justifier, indépendamment de tout motif religieux, une autorité presque égale à celle de l'Ecriture, je veux dire Aristote. Ce philosophe avait soutenu que l'argent était naturellement stérile : *nummus nummum non parit* (5). C'était un assez pauvre sophisme, mais on l'excuse quand on songe aux durs traitements infligés aux insolvables et aux troubles que la question des dettes souleva

(1) Marculf., 2, 26, 17. App., 15, 50. *Liut.*, 16. *Wis.*, 5, 5, 8, etc.

(2) Deutéron, XXIII, 19, 20. Lévit., XXV, 36, 37. Psaum. XIV (15). — Dans les législations primitives, l'intérêt n'est pas rare. Ci-dessus, p. 425, 2, Prêt de bétail chez les Ossètes : le croît est un intérêt naturel qu'on restitue avec le capital. *Senchus Mör. id.* Le droit musulman interdit le prêt à intérêt sous quelque forme qu'il se déguise (même les intérêts moratoires), mais on tourne la loi au moyen de la vente à livrer (*salam*). Dareste, *Etudes*, p. 58. J. Kohler, *Moderne Rechtsfr. b. islam. Jur.*, 1885. Cf. ci-après, C°.

(3) Vulgate (cf. en opposition. Luc, XIX, et Matth., XXV : Parabole des talents). Est-ce bien le sens du texte grec : δανείζετε μηδὲν ἀπελπίζοντες ? Th. Reinach, *R. des ét. grecques*, VI, 1894, p. 52, propose de lire, ἀντελπίζοντες et traduit : prêtez sans rien attendre en retour, c'est-à-dire sans espérer même que le capital sera remboursé, autrement dit : donnez. Luc, VI, 34. Saint Basile, Homélie contre les usuriers, entend ainsi le passage de l'Evangile et l'explique par l'idée que *Qui donne au pauvre prête à Dieu.* Saint Grégoire de Nysse recommande de donner, et, à défaut, de prêter (sans intérêts), car « le prêt est une seconde forme du don. » Cf. Deutèr., XV, 7. Matth., V, 42.

(4) Tendances communistes des premiers chrétiens. Concile de Nicée, 325, c. 17. *Can. Apost.*, 44, etc. Décret. du pape saint Léon, 445. Déc. Gratien II, 14, q 3. c. 1 et suiv. **x**, 5. 19. Benoît XIV, bullle *Vix pervenit*, 1745. Pothier, *op. cit.*, 57 : énumération des lois ecclésiastiques. R. de Pennafort, *Summa*, éd. 1603, p. 227. Maffei, *Impiego dal denaro*, 1744. Lancelot, *Inst.*, 4, 7.

(5) *Polit.*, 1, 3. Saint Thomas, *loc. cit.* Autre subtilité scolastique : quand on prête de l'argent et qu'on retire l'intérêt outre le capital, c'est comme si on vendait du vin moyennant un prix et qu'on se fit payer en outre l'usage du vin. (Cf. loyer d'une maison pour prix de l'usage qu'on obtient.)

dans la cité antique (1); dans le même esprit, Platon et d'autres utopistes proscrivent l'or et l'argent de leurs Républiques idéales. Cela n'empêchait pas, d'ailleurs, Aristote lui-même de tirer de bons revenus de ces pièces stériles dont la générosité des rois de Macédoine le pourvut abondamment. Au moyen âge, le paradoxe devint une vérité; les scolastiques purent le prendre au sérieux; en effet, la plupart du temps l'or et l'argent restaient improductifs entre les mains de ceux qui les amassaient, parce qu'ils ne trouvaient aucun placement; à quel titre auraient-ils réclamé un intérêt des emprunteurs? S'ils risquaient de perdre leur capital, ce risque était atténué, compensé par la rigueur des mesures d'exécution contre le débiteur. L'état économique s'accordait donc avec les idées religieuses pour justifier l'interdiction de l'intérêt. Des raisons d'humanité apportaient comme un appoint aux arguments tirés par les théologiens du droit divin et du droit naturel. Même aux époques où l'Eglise fut la plus puissante, l'usure ne cessa pas d'être pratiquée; le taux de l'intérêt s'éleva alors à un taux ruineux, car le prêteur courait trop de dangers pour ne pas imposer à l'emprunteur les clauses les plus onéreuses. Saint Augustin s'indigne de voir le capitaliste juguler le pauvre : *trucidat pauperem fœnore.* Combien cette phrase était plus vraie au moyen âge! Le législateur crut de son devoir d'intervenir (2), mais il dépassa le but : plus il usait de rigueur et plus le mal augmentait.

B° **Sanction de la prohibition.** Par *usure* on entendait tout intérêt, si minime qu'il fût (3). C'est surtout à l'occasion du prêt de consommation que se commet l'usure; elle y apparaît ouvertement; mais elle peut aussi se rencontrer sous une forme déguisée dans les autres contrats; il n'en est presque aucun où l'on soit exposé à réaliser ce *turpe lucrum* dont l'Eglise a horreur, car on n'agit d'ordinaire qu'en vue d'un profit. Les casuistes cherchent à le proscrire partout; par suite de leur intransigeance, la défense de l'usure prend une extension invraisemblable et

(1) Jubilé hébraïque (Lévit., XXV). Abolition des dettes par Solon. Histoire des *nexi* à Rome. En Gaule, *obaerati.* César, de *b. g.*, VI.

(2) Cf. mesures prises par Napoléon 1er contre les Juifs d'Alsace, l'antisémitisme en certains lieux (Pologne, Galicie).

(3) Cf. Dig., tit. *de usuris et fructibus Capit.*, 1, 119 (Anségise) : *usura est ubi amplius requiritur quam datur.* Du Cange, v° *Usurarii.* Terme allemand : *Zins* (*census*) = rente.

devient comme la clef de voûte de l'économie politique du moyen âge : vente, paiement, dommages-intérêts, société, banque, lettre de change, autant de matières où on s'en préoccupe particulièrement (1). Les juristes ne suivent que de loin les théologiens dans cette voie ; surtout à partir du seizième siècle ils ramènent la prohibition sur le terrain plus étroit du prêt et la jurisprudence dans son dernier état ne s'inquiète guère que de l'usure énorme. — La prohibition ne s'appliqua, d'abord, dans les lois de l'Eglise, qu'aux ecclésiastiques (2) ; c'était moins un précepte qu'un conseil ; il s'adressait à ceux qui aspiraient à un état parfait plutôt qu'à la masse des chrétiens ; mais la tendance rigoriste l'emporta ; prêter à intérêt fut considéré comme un péché mortel, même pour les laïques (3). Cette conception passa dans la législation séculière sous les Carolingiens (Cap. 789, c. 5) (4) ; à partir de ce moment elle fut consacrée par un grand nombre de lois (5) et elle figure dans la plupart des Coutumiers (6). La sanction de la prohibition du prêt à intérêt était civile ou pénale : 1° *au point de vue civil*, le contrat était de nullité absolue ; le prêteur ne pouvait pas réclamer les intérêts stipulés ; l'emprunteur qui les lui avait payés était autorisé à se les faire restituer (7) ; 2° *au point de vue pénal*, le prêteur était

(1) Cf. Endemann, *op. cit.* Ashley, I, 164 (théorie de saint Thomas sur le juste prix). Taxes du pain et autres denrées. Gui Pape, *De contr. illicitis q. usurarii*, dans *Tract. ill. J. C.*, VII, 72. Loysel, 715. Bonacina, *De contr.*, 1621. Polier, *Juste prix*, Thèse, 1903.

(2) Bruns, *Conc.*, Tours, I, 13 (II, 142) : Orl , III, 27 (ib., 200). Cf. la règle que le clerc ne doit pas faire le commerce.

(3) Décr. de saint Léon, dans Gratien, II, 14, 4, 7 (a. 444). Décret de Gratien, 2e p., cause 14, q. 3 et suiv. **X**, 5, 19, *de usuris* (à la suite du t. *de furtis*). Concile de Vienne, 1311 (*Clem.*, 5, 5, 1). Hostiensis, f° 672. G. Durand, etc.

(4) *Omnino omnibus interdictum est ad usuram aliquid dare.* Le Capit. invoque la décrétale du pape Léon, les canons des Apôtres, l'Ecriture. Cf. dans l'éd. Boretius, Index, v*is* *Usura*, *Fœnus*. *L. Edwardi Conf.*, 37. *Const. Sic.*, 1, 6. Statuts italiens dans Pertile, IV, 594. *Siete Part.*, 5, 1.

(5) Guénois, *Conf. des Ord.*, IV, 7 : 1254, 1311, etc., 1579, 1629, etc. Isambert, Table v*is* *Usure*, *Intérêt*, *Prêt*. Guyot, *h. v°*. L'Hommeau, p. 336 Argou, IV, 18.

(6) *TAC. Norm*, 49 ; *Summa*, 19. Beaum , 68. Glanville, 10, 3. Bout. 2, 11. *Gr. C.*, p. 573. *Et. de saint Louis*, I, 91. Giraud, *Essai*, II, 15, 19, 23, 37, 226. *M. de Souabe*, I, 165. *Ac. lég. Toulouse*, XI, 51 ; XII, 400. — A plus forte raison, l'anatocisme était-il condamné. Difficultés de preuve. Toulouse, 112.

(7) *Quid* s'il y a eu serment ? **X**, 5, 19, 13. *Fides plivita ?* Montp., 68 (obser-

exposé à des peines canoniques, déposition pour les clercs, excommunication pour les laïques (1); les Coutumes confisquaient le corps et les biens de l'usurier au profit du seigneur (2); les Ordonnances édictèrent contre eux des pénalités diverses, ainsi l'Ordonnance de Blois, 1579, art. 202, leur infligeait pour la première fois l'amende honorable et des amendes pécuniaires dont le quart revenait au dénonciateur ; en cas de récidive la confiscation de corps et de biens (galères ou bannissement à perpétuité). Mais, en réalité, ces peines n'atteignaient que l'usure énorme ; le Ministère public ne poursuivait pas extraordinairement l'usure modérée, quoique le texte des Ordonnances fût général (3). — De ce que nous venons de dire, il résulte que le droit de juger les usuriers appartenait à la fois aux Cours d'Eglise (4) et aux tribunaux séculiers. Ceux-ci finirent par s'attribuer une compétence exclusive en cette matière comme en bien d'autres (XVI[e] s.); ils ne manquaient pas de raisons pour la justifier, par exemple celles-ci, que le prêt donnait naissance à une action personnelle ou que l'usure tombait sous le coup des Ordonnances.

C° **Réaction**. Ni l'Eglise ni la royauté ne vinrent à bout du prêt à intérêt ; c'était un facteur trop essentiel dans l'ordre économique pour ne pas avoir raison de toutes les proscriptions (5); il regagna par étapes le terrain perdu. On ne prêta plus, mais on s'associa, l'un fournissant de l'argent, l'autre son travail, et les bénéfices se partagèrent ; la commande, l'antichrèse, la vente à réméré, le change, la constitution de rentes remplirent la fonction du prêt. On toléra celui-ci de la part des Juifs, à qui leur religion ne l'interdisait pas ; en prêtant, les Juifs ne songeaient

ver le serment). Cf. Pothier, 112. Serres, 3, 15. — Le Parlement de Toulouse ne permettait pas de répéter les intérêts *volontairement* payés.

(1) A l'excommunication se rattachent le refus de la sépulture religieuse, la nullité du testament, l'incapacité d'être témoins. Du Cange, v° *Usurarii*. Reg. de l'Offic. de Cerisy, n° 9 et s. Desplanque, *Infâmes*, p. 18. *Olim*, Index, v° Usur.

(2) Droit anglo-normand : mort il appartient au roi, vivant à l'Eglise. *Summa Norm.*, 19. *Regiam Maj.*, 2, 54, 1. *Dialog. de Scacc.*, 2, 10.

(3) Cf. cep. Ord. 13 janvier 1311. Fleury, *Inst.*, I, 445.

(4) Beaum., 58, 56. *Et. de saint Louis*, I, 255.

(5) Si bien que les monastères jouent le rôle d'établissement de crédit. On connaît les opérations des Templiers. Sur les monastères en Normandie, XI[e] à XIII[e] s., cf. thèse de Génestal, 1901. Dans l'antiquité, les temples sont les banquiers de l'Etat.

pas à faire un acte charitable, à rendre un bon office, ils spéculaient ; et comme ils n'occupaient pas de place régulière dans l'organisation sociale du moyen âge, le commerce de l'argent devint pour eux une profession et comme un métier de paria (1). Ils en eurent le monopole jusqu'à ce qu'on le partagea entre eux et les Lombars et Caorsins (2) ; l'Etat ne leur concédait à prix d'argent, ce qui le poussait à violer la loi de l'Eglise, et les surveillait, ce qui mettait quelque peu sa conscience en repos. Les progrès du commerce et les bénéfices qu'on en retirait firent toucher du doigt l'erreur commise par Aristote ; l'argent fructifiait, faisait des petits ; en temps de foire, dans certaines villes, l'intérêt fut permis (3) ; le prêt maritime (4) et même parfois le prêt commercial (5) échappèrent à l'interdiction générale. Dans ces cas exceptionnels (6), qu'il s'agît de personnes ou de lieux, le taux de l'intérêt était d'ordinaire limité par le législateur (7). Une foule de moyens furent imaginés pour tourner la prohibition dans les cas où elle subsistait (8), les uns rejetés par les

(1) Cf. Les Juifs, t. I. Système d'expulsion et de rappel suivi de confiscation pratiqué par l'ancienne monarchie contre les Juifs, de sorte que le roi bénéficiait de leurs rapines tout en ayant l'air de donner satisfaction au sentiment populaire. Sur la législation en matière d'usure, cf. Isambert, v° *Juifs*, *Intérêts*, etc. On tolère un taux très élevé, par exemple plus de 43 °/₀ (1311). — Cf. **X**, 5, 19, 18. Concile de Latran, 1215. Endemann, II, 383. Italie, Pertile, IV, 602. Bohême, Ord., 1497. G. Durand, *Spec.*, 4, 4, Giraud, II, 29, etc.

(2) Ord. 1250, 1311, etc. Isamb., Table, *h. v°*. Ashley, I, 257, cite un acte de 1235 : prêt nominalement pour trois mois, après quoi des intérêts *compensatoires* seront dus *ex mora*.

(3) Foires de Champagne, 1311 ; de Lyon, 1419. Villes de Montpellier, Alais, Tournai, Saint-Omer, Barrois. — *Secùs*, **X**, 5, 19, 19. Fassin, Thèse, 1900.

(4) Contrairement à la Décr. *Naviganti* (**X**, 5, 19, 19) qui prohibe le prêt à la grosse. Gros risques du côté du prêteur, bénéfices énormes du côté de l'emprunteur. Pothier, *Tr. du prêt à la gr. aventure*. Camus et Dupin, p. 224, 439 (bibl.). Ashley, II, 492.

(5) Scaccia, *De commerciis* (fin XVI• s.), 1648. Argou, 3, 30 : Provence, Dauphiné, Béarn, Franche-Comté, Alsace, Henrys, I, 4, q. 110. Serres, *Inst.*, 3, 15 (obligations entre marchands). Mais cf. Pothier, 68. *Tr. de la pratiq. des billets et du prêt d'argent entre négociants*, 1684. *Tr. des prêts de commerce*, 1738.

(6) Autres cas exceptionnels tantôt admis tantôt discutés par la jurisprudence et la doctrine, par exemple deniers pupillaires, dot, etc. C. civ., 2001, 1372 cbn. 1375. Ferrière, v° *Deniers pupillaires*. Sctc Macedonien, *sup.*, p. 1107.

(7) Cf. Pertile, IV, 604 (textes).

(8) Cepolla, *De simulatione contractuum*, XV• s. Ces ruses du droit nou-

théologiens et les juristes (1), les autres ouvertement pratiqués et reconnus légitimes (2) par l'Eglise et par l'Etat : ainsi la constitution de la rente. La théorie des intérêts *compensatoires* (dus pour le *damnum emergens*) qu'on tenait pour légitimes dès le quatorzième siècle (3), par opposition aux intérêts lucratoires (dus pour le *lucrum cessans*) qui étaient illicites, fit une large brèche au principe; il ne fut pas difficile de trouver des cas où l'intérêt n'était qu'une équitable compensation pour le préjudice subi par le prêteur en se dessaisissant de son argent (par exemple demeure du débiteur) (4) ; et comme le nombre des placements sûrs avait beaucoup augmenté, il devenait vrai de dire que le prêteur subissait un dommage plutôt qu'il ne manquait un profit (5). Des spéculateurs imaginaient de donner au crédit des formes nouvelles, en dehors des cadres traditionnels, échap-

veau pour se faire jour et forcer, grâce à l'art des casuistes, les scrupules des consciences timorées comme les dispositions des lois font le désespoir des jansénistes. Pascal, *Provinciales*, 1, 8. Cf. anciens prédicateurs (Maillart, etc.).

(1) Tels sont le contrat *mohatra* condamné par Innocent XI et le triple contrat condamné par Sixte V, 1586. Contrat *mohatra* : achat à crédit de marchandises qu'on revend immédiatement à perte au vendeur lui-même; on reçoit le prix de la revente, par exemple 9,000 fr., et on rembourse le prix d'achat, par exemple 10,000 fr.; la différence représente les intérêts. Pothier, *Vente*, 38. — *Triple contrat* (*trinus contractus*) : *a*) société; je fournis 100,000 francs à un commerçant qui me donnera 20 °/₀ des bénéfices qu'il fera; *b*) assurance; sur ma part de bénéfices je lui promets 10 °/₀ à titre de prime d'assurance pour qu'il s'engage à me rembourser le capital à tout événement; *c*) vente; comme il n'est pas sûr qu'il y ait des bénéfices, je lui vends 5 °/₀ mon bénéfice incertain, et il s'engage à me donner un bénéfice moindre, mais assuré de 5 °/₀. C'est comme si j'avais prêté à 5 °/₀. Pratiqué entre trois personnes différentes, le triple contrat est licite. Pothier, *Sociétés*, n° 22. Ashley, II, 518. — Sur le *mort-gage* (pratiqué par des abbayes (Gellone, Redon) comme par des particuliers), cf. ci-après.

(2) De là des traités comme celui de Brœdersen, *De usuris licitis et illicitis*, 1743. Camus d'Houlouve, *Tr. des intérêts*, 1774 (c'est-à-dire légitimes).

(3) Sur la théorie du *Id quod interest*, v. les canonistes et le tr. de Dumoulin; cf. Nani, *Arch. giur.*, 16, 207. Endemann, II, 243 317. *L. Wis.*, 7, 5, 8; 2, 5, 7.

(4) **Monts-de-Piété**, *Montes-Christi* : dans la pensée de leurs fondateurs, établissements de crédit gratuit pour les pauvres; ils prélevaient un intérêt modique afin de subvenir à leurs frais généraux. Le plus ancien est peut-être celui d'Orvieto, 1463 (à la suite des prédications de fr. Bartolomeo da Colle). Détails et bibl. dans Pertile, IV, 608. Endemann, II, 374. Ashley, II, 530. Holtzapfel, *Anfänge d. Montes pietatis*, 1903.

(5) Théorie de P. de Castro (preuve du *lucrum*). Théorie sur le risque couru par le capital. Endemann, II, 322.

pant par la date de leur naissance à une législation vieillie (1). L'exception emportait la règle (2). Au dix-huitième siècle, philosophes et théologiens bataillent encore ; mais la cause de la légitimité du prêt à intérêt est gagnée (3). La Révolution ne rencontra aucune résistance lorsqu'elle proclama le principe nouveau, 2 octobre 1789. On se proposait non pas d'établir la liberté absolue du prêt à intérêt, mais de fixer par une loi un taux maximum que les prêteurs ne pourraient pas dépasser, et cela dans l'intérêt des imprudents et des nécessiteux que l'Etat doit protéger comme les mineurs ou les faibles d'esprit : mais la loi ne fut pas faite pendant la Révolution (4) ; ce qui fait que, sans qu'on l'eût voulu, le taux fut libre jusqu'en 1807 ; à cette date, la loi du 3 septembre fixa un maximum qu'elle emprunta à la législation de l'Ancien Régime en matière de rentes : 5 pour 100, c'est-à-dire le denier 20 de l'ancienne supputation (5). L'attitude de l'Eglise en présence de cette législation a été assez embarrassée ; elle s'est refusée à déclarer l'intérêt légitime en lui-même : mais elle a recommandé aux autorités ecclésiastiques de ne pas inquiéter les prêteurs qui se conformeraient aux lois, *quousque Sª Sedes definitivam sententiam emiserit.* On attend encore cette sentence (6).

(1) Voltaire, *Dict. phil.*, v° *Intérêts* : La Sorbonne a décidé que le prêt à intérêt est un péché mortel. Il n'y a aucun de ces raisonneurs qui ne fasse valoir son argent, quand il le peut, à 5 ou 6 pour 100 en achetant sur la place des billets des fermes, des actions de la Cie des Indes, des billets du Canada. Cf. Pothier, n° 94. Pertile, IV, 610.

(2) Celle-ci comptait encore trop de partisans pour qu'il soit nécessaire de chercher dans l'idée d'un monopole fiscal ou droit de se faire payer pour permettre le prêt à intérêt (Champeaux, *loc. cit.*). La raison de son maintien à l'époque monarchique. Le Mémoire de Turgot, qui fut le manifeste décisif en notre matière, n'est que de 1767.

(3) Dès le seizième siècle. Dumoulin, *Tr. usur.*, Calvin, dans une lettre à Œcolampade, soutiennent que l'Ecriture ne condamne que l'usure excessive, oppressive pour le pauvre, mais non l'intérêt exigé du riche qui réalise de gros bénéfices à l'aide de l'argent qu'on lui a prêté. A leur suite, Saumaise, 1637 ; Montesquieu, *Esp. des lois*, 22, 19 ; Voltaire, *Dict. phil., h. v°* ; Turgot, 1767 ; Bentham, 1787. La Réforme ne fut pour rien dans cette évolution ; Luther et Zwingle condamnent le prêt à intérêt. Cf. cep. Ashley, II, 540, 545 (Angleterre).

(4) L., 5 therm. an IV. C. civ., 1907.

(5) Suisse : depuis le seizième siècle, liberté limitée. Huber, IV, 868. Ord. de police en Allemagne, 1577, 1600, 1654.

(6) Les canonistes modernes admettent qu'il y a des circonstances ou titres extrinsèques qui peuvent légitimer l'intérêt : 1° le prêteur subit un dom-

2. — La **Constitution de rente** (1). — A° **Origine**. Suivant l'opinion commune, les rentes (2) auraient été imaginées dans le but de tourner la prohibition du prêt à intérêt. Il n'en est rien; elles ont une toute autre origine; ce qui est vrai seulement, c'est qu'elles ont servi à atteindre ce but, après avoir été détournées de leur destination originaire. Elles ont commencé par être un mode d'exploitation des terres et nullement une opération de crédit. On concédait des terres à charge de cens ou d'une part de fruits. Cens et rente sont synonymes dans l'ancienne langue. Mais la rente se sépara du cens en perdant tout caractère féodal; on la qualifie de rente simple par opposition à la rente seigneuriale ou cens; elle s'appliqua, sur le déclin de la féodalité, aux biens qui avaient conservé le moins l'empreinte féodale, par exemple aux maisons des villes (3); elle représenta, pour les biens féodaux, la part de revenu correspondant aux améliorations, à la plus-value, et se superposa au cens qui représentait le revenu du fonds lui-même. Elle acquit ainsi une existence indépendante; modelée au début sur le type juridique du cens dont elle n'était qu'une variante, elle s'éloigna de plus en plus de sa forme originaire pour se rapprocher du prêt à intérêt.

mage (*damnum emergens*); 2° il se prive d'un gain (*lucrum cessans*), au moins si le gain est moralement certain; *quid* s'il est probable? P. de Castro, *Cons.*, II, 55, 3; 3° si le capital court des risques (*periculum sortis*): l'intérêt représente une prime d'assurance; il s'agit des risques exceptionnels, par exemple à raison de la situation de fortune du débiteur; 4° *Titulus legis civilis*, la loi l'autorise; titre difficile à justifier (intérêt général? il fait présumer l'existence des autres titres?). Ashley, II, 535.

(1) Ci-dessus, p. 359, t. II. Stobbe, *ZfDR*, 19, 182. Heusler, § 71. Endemann, *Stud. in d. rom. kan. Wirthsch. u. Rechtslehre*, II, 103-157 (bibl.). Viollet, p. 674. Glasson, 7, 321. Champeaux, *Gr. Encycl.*, *h. v°*. — Pollock et M., II, 128. — Denisart, R. de Lacombe, Ferrière, Guyot, *h. v°*. Isambert, Table, v° *Rentes*. Guénois, *Conf. des Ord.*, 4, 7. Loyseau, *Tr. de la garantie des rentes*, 1599; *Tr. du déguerpissement*, 1613. Loysel, 505 et suiv. Fleury, *Inst*, 1, 403 et suiv. — Pertile, IV, 597. Cencius, *de censibus*, 1621, 2e édit.

(2) *Renda*, *rendita* (IXe s.), *redditus* = revenu. Du Cange, *h. v°*. *Arrérages* exprime la même idée avec cette différence qu'on suppose la rente échue et le débiteur en retard : *arriéré*. Godefroy, v° *Arriérage*. Ragueau, *ibid.* On oppose cependant la rente aux arrérages; elle est alors le droit d'exiger les arrérages (céder une rente, toucher sa rente). Pothier, *Personnes*, n° 260.

(3) Surcens sur les maisons. Beaum., 24, 19, 20. *Gr. C.*, p. 315 et suiv., 833. Ci-dessus, p. 358, t. II (bibl.). Rentes sur les revenus de l'Etat, sur l'Hôtel de ville, ci-dessus. Loysel, 517. Larroque-Timbaud, 39 et suiv.

B° **Rentes foncières** (1). — Il nous suffira de rappeler qu'on entend par là des rentes établies moyennant l'aliénation d'un héritage; l'aliénateur retient sur le fonds un droit réel (2), immobilier, irrachetable (3); l'acquéreur devient propriétaire sous cette charge (4), avec faculté de s'y soustraire par le dé-

(1) Cf. Rentes foncières, t. I. Pothier, *Tr. du bail à rente*, t. 4, éd. Bug. Fœlix et Henrion. *Tr. des rentes fonc.*, 1829. — Dr. anglais : *rent service* par opposition à la *rent charge* et à la *rent seck* (*redditus siccus*) que Pollock et M. désignent d'un terme générique : *non-tenurial rent*. (II, 128). Cf. rente de chambre. Bracton, f° 203 *b*.

(2) Indivisibilité du cens et des rentes foncières ou constituées. Desm., 276. *Cout. not.*, 165. *Gr. C*, p. 354. *L. d. dr.*, 789.

(3) Sauf convention contraire, tandis que les rentes constituées, au moins dans le dernier état du droit, sont essentiellement rachetables. Racheter une rente foncière, c'est exproprier le crédirentier. Cependant les bulles papales ont quelquefois autorisé le rachat, et des ordonnances royales l'ont aussi permis à titre exceptionnel pour des raisons d'utilité publique que nous allons faire connaître, mais aussi parce que le rachat n'apparaissait souvent que comme le remboursement d'une créance, même quand il s'agissait d'une rente foncière. L'Ord. 1441, art. 18, déclare rachetables sur le pied du denier 12 les rentes sur les maisons de Paris, parce que les propriétaires de maisons chargées de rentes excessives les laissaient tomber en ruines. Edit mai 1553 (autres villes). Paris, *NC*, 12. Orl., 270. Glasson, 7, 323. C'est même à cette occasion que la Décl. de mai 1609, voulant permettre au débiteur de bénéficier de l'abaissement du taux des rentes passées du denier 12 (le 12e du capital ou 8 1/3 pour 100, 1576) au denier 16 (6 1/4 pour 100, 1601), décida que le débiteur pourrait de sa propre autorité subroger aux droits du créancier le prêteur auquel il empruntait la somme nécessaire pour le rachat; le créancier qui avait son argent placé à plus de 8 % n'y aurait pas consenti, puisqu'il ne pouvait plus le placer qu'à 6 1/4, et le prêteur exigeait des garanties. Arr. de règl. du Parl. de Paris, 6 juillet, 1690. Pothier, n° 23. Glasson, 7, 325, cite les Ord. avr. 1393; oct. 1409; juill. 1410; 1443; 29 mai 1424; 31 juill. 1428. Isambert, Table, v° *Rentes*, Ashley, II, 475 (rachat en Allemagne).

(4) A défaut de paiement du cens ou de la rente, la procédure ancienne est en rapport avec la conception primitive de notre institution; le créancier a des droits de propriétaire, tandis que, pour les rentes constituées, dans l'opinion de Dumoulin, il descend au rang d'un créancier ordinaire. Cf. ci-après, Exécution. — Saisie ou gagerie des biens garnissant la maison, et, partant, obligation de la garnir (*Cout. not.*, 3, 36, 81, 157. *Parl. aux Bourg.*, p. 137); saisie-brandon des fruits des fonds de terre. Amende, sauf en la ville et banlieue de Paris. Si la maison est vide et vague ou en ruines, on la fait crier. *Cout. not.*, 169, 179, 31, etc. *Gr. C.*, p. 316, 277, 199, 544 et suiv.. *Const. du Chât.*, 62 et s. Paris, *NC*, 86 : droit à trois ans d'arrérages pour le cens; (id. pour les rentes, Ord. 1563, Loysel, 524). 163 : pour les rentes, on ne peut gager que trois quartiers, car l'ancien délai d'an et jour maintenu ici fait perdre la gagerie. Difficultés dans le cas fréquent où il y a plusieurs cens ou rentes successifs. Beaum., 24, 20. *Gr. C.*, p. 315 et suiv. *Cout. not.*, 117, 151. *AC. Anjou*, t. 2, p. 419. Buche, *NRH*, 1884, 76. —

guerpissement, car il n'est tenu que *propter rem* (1); à l'inverse, les sous-acquéreurs à titre particulier étaient assujettis, comme les successeurs universels, au payement de la rente; le droit réel du crédirentier était, en effet, opposable à tout détenteur. Le maintien des rentes foncières (avec ces effets) était incompatible avec le système d'affranchissement des terres inauguré par la Révolution; généralisant une mesure que la royauté avait dû prendre à titre exceptionnel (rentes sur les maisons de Paris et des autres villes), la loi du 11 août 1789 les déclara rachetables (2). Aujourd'hui le vendeur d'une terre moyennant une rente n'a plus qu'un droit personnel (3), mobilier, rachetable; en revanche, l'acquéreur tenu personnellement a perdu la faculté de déguerpir, C. civ., 530.

C° **Rentes constituées** (4). Au lieu d'un fonds, une personne peut céder à une autre une somme d'argent, un capital, à charge de lui servir une rente perpétuelle ou viagère; la rente ainsi établie est dite *constituée* en perpétuel ou en viager. Cette opération n'est qu'une variété du prêt à intérêt; elle en diffère en ce que le capital est inexigible; il dépend du débiteur de le rembourser, mais il choisit son heure; le créancier ne peut pas le contraindre à se libérer; si son capital lui est nécessaire, il n'a d'autre ressource que de céder sa rente à prix d'argent à un tiers, à supposer qu'il y ait des tiers disposés à l'acheter. Au premier abord, il semble qu'il n'y avait aucune raison pour ne pas traiter cet acte comme un prêt à intérêt ordinaire, les différences que nous venons de relever n'ayant rien d'essentiel.

Droit anglais : la *rente sèche*, variété de la rente constituée, ne permet pas l'emploi de la gagerie (Bracton, f. 203 *b*); la *rente charge* l'autorise.

(1) Sauf convention contraire (clause de fournir et faire valoir). *Cout. not.*, 95, 96, 97, 171, 70. Desm., 183. *Gr. C.*, p. 317. Le déguerpissement consistait dans l'abandon en justice de la propriété (et non pas seulement de la possession); il était permis à l'acquéreur lui-même. Loysel, 520-366. Fleury, *Inst.*, 2, 50.

(2) Cf. L. 14 mai 1790, 7 : 18 déc. 1790, 2; 16 oct. 1791. *Code civil interméd.*, Table, v° *Rentes*. Sagnac, 107, 147, 336 et suiv.

(3) Plus, il est vrai, un privilège et une action résolutoire.

(4) De Laurière, *Diss. s. le tènement de 5 ans*, 1696 (bibl., p. 3, n. a). *Principes des rentes const.*, 1758. Beaumont, *Jurispr. d. rentes* 1766, 1784. Pothier, *Traité du contrat de const. de rente*, 1763 (t. 3, éd. Bug.). Pertile, IV, 600. — Richard, *Une conversion de rente à Arras en 1392* (*BCh.*, 41, 561). — Brants, *Traité de reddilibus annuis de Gérard de Courselle* (*Bull. Acad. Belg.*, 33, 1). Ashley, II, 471. Ci-dessus, Prêt à intérêt, bibl. Kostanecki, *Œff. Kredit*, 1889.

Mais il se rencontre des hypothèses où la rente constituée se confond avec la rente foncière et celle-ci, par son origine, se séparait radicalement du prêt à intérêt (1). Ce sont ces hypothèses favorables, les seules connues anciennement, qui décidèrent les canonistes à déclarer licite la rente constituée (2). Il y a peu de différences, par exemple, entre le cas où on vend un fonds à charge d'une rente et celui où on achète ce fonds moyennant un prix payé au vendeur, après quoi on lui rend le fonds à charge d'une rente. Les canonistes, en se plaçant à ce point de vue, distinguaient à peine les rentes foncières des rentes constituées : les premières étaient tenues au moment de l'aliénation, **census reservativus** ; les autres, constituées, assignées sur une terre appartenant au débiteur, **census constitutivus, consignativus** ; dans les deux cas, le créancier avait un droit réel immobilier. Afin que l'analogie fut complète, le droit canon exigea que l'assignat portât sur une chose frugifère (3). Comme les deux opérations dont nous venons de parler n'étaient pas toujours aussi étroitement alliées que nous l'avons supposé, les canonistes, pour éviter à la rente constituée la qualification d'usure, la démarquèrent pour ainsi dire et en firent une vente : selon eux, le débiteur vendait le droit d'exiger des arrérages ; le créancier achetait ce droit et le payait de son capital (4). La rente apparaissait ainsi comme un être moral distinct des arrérages, produisant des revenus à la façon d'un fonds de terre, « de durée à toujours » ; lorsque le débiteur remboursait le capital qu'il avait reçu, on disait qu'il *rachetait* la rente (5). Enfin, avec cette analyse artificielle, on parvenait à rendre raison de

(1) Le bailleur à cens pouvait recevoir et recevait la plupart du temps une part des fruits produits par le fonds cédé.

(2) Innocent IV (1243), Comm. s. Décrétales, ad c. *in civit.*, t. *de usuris*, Discussions cep. jusqu'aux bulles *Regimini* de Martin V, 1420, et de Calixte III. 1455 (Extravag., 3, 5, sous le t. *de emtione*). Cf. aussi la bulle de Pie V, 1568.

(3) Les arrérages de la rente devaient être en rapport avec le revenu de la terre ou de la maison affectée à leur payement ; si celles-ci diminuaient de valeur ou venaient à périr, la rente avait le même sort.

(4) Théorie déjà consignée dans les Sommes du treizième siècle.

(5) Selon Pothier, le rachat est pour le débiteur un droit imprescriptible et auquel on ne peut porter atteinte par des clauses du contrat. Il n'est cependant pas permis pour la rente viagère. Et sans doute dans l'ancienne doctrine canonique, la rente perpétuelle, assimilée à la rente foncière, n'était pas rachetable sauf convention spéciale. Loysel, 511 et la note (bulle de 1568). Cf. Ashley, II. 473. Pasquier, *Inst.*, p. 559.

l'inexigibilité du capital ; exiger le capital, c'eût été forcer un vendeur à racheter l'objet vendu. Il n'est pas besoin de faire observer que l'inexigibilité tenait à de tout autres raisons ; elle s'explique par la parenté originaire entre la rente constituée et la rente foncière ; les concessions à charge de cens ou de rente étaient perpétuelles et irrévocables par suite de l'état social et économique du haut moyen âge (1).

Les rentes constituées présentaient à peu près les mêmes avantages que le prêt à intérêt ; en interdisant celui-ci on multiplia celles-là. Et quand elles furent entrées dans la pratique courante, on vit des débiteurs donner en garantie du paiement de la rente, non plus un assignat sur un fonds déterminé, mais une obligation générale de tous leurs biens. L'analogie avec la rente foncière cessait d'exister. On se demanda si l'on pouvait se contenter de cette garantie ou même de l'obligation personnelle du débiteur qui, à une époque donnée, permit aussi de s'attaquer à tous ses biens, même en l'absence d'hypothèque. Dumoulin se fit le partisan de la validité des **rentes personnelles** (2) inconnues dans l'ancien droit, et son opinion, émise

(1) Conséquences : *a*) Les rentes étaient partagées selon la loi du lieu où était situé l'immeuble, et non d'après celle du domicile du débiteur. — *b*) Elles étaient indivisibles comme le cens, et l'adjudication du fonds sur décret ne les purgeait pas comme s'il s'était agi d'une hypothèque dont le bénéficiaire aurait négligé de faire opposition. Desm., 220 *Cout. not.*, 43. Paris, *AC*, 70, 71; *NC*, 99, 101. *c*) L'assignat emportait aliénation du fonds jusqu'à concurrence du capital de la rente ; le créancier acquérait donc un démembrement de la propriété. Il avait à prêter la foi et hommage pour les fiefs, à obtenir l'ensaisinement pour les rotures, à payer les profits de mutation. Desm., 189, 221. Beaum., 24, 20. *Gr. Cout.*, p. 174, 265. *AC. Anjou*, t. 2, p. 238, 417, 547. Paris, *NC*, 82. Dans les pays de nantissement, l'acquisition supposait l'accomplissement des formalités de vest et devest ; ailleurs il suffisait du payement des arrérages (cf. cens récognitif). Anjou, 291. Merlin, v° *Assiette de rente*. *d*) Le déguerpissement libérait de la rente comme l'eût fait la perte du fond. Argou, 4, 15.

(2) Balde. ad l. un. *C. de his q. pœnae nom.*, admettait les rentes personnelles *inter bonos* et en conformité avec l'usage local (mais *secùs, si de feudo vasalli*, n. 7). Jean Faure soutenait que l'assignat n'impliquait pas aliénation (*Inst. de act,, § item serv.; de assign. libert.*; Code *de don.* ad l. *si quis arg.*). Quelques casuistes permettaient les rentes personnelles quand elles étaient constituées par un commerçant ou un artisan, car ils vendaient une partie de leur gain. Dumoulin, *de us.*, 22 : *vanum est et praeposterum hic requirere specialem vel generalem hypothecam rei immobilis, quia non hoc respicit justificationem redditus, sed solum securitatem creditoris.* Cf. s. Paris, 84, 85. Loyseau, *op. cit.* Mais Navarre, *de usur.*, q. 15, n. 115. Tiraqueau, *de retr.*, 1, 6, 15, condamnent les rentes générales, à rachat, volantes ; dans ce même sens, bulle de Pie V en 1568.

en 1545, fut consacrée quelques années après par un arrêt du Parlement de Paris, 10 mai 1557 (1). Il trouvait un puissant argument dans l'analyse de la rente donnée par les théologiens : l'assignat sur un fonds déterminé n'y apparaissait que comme une garantie de paiement; en son absence, l'opération subsistait; ce n'était donc qu'une hypothèque ordinaire, un accessoire de la dette et non une partie essentielle de l'acte. Cette opinion qui prévalut (2), parce qu'elle était plus en harmonie avec les besoins économiques de ce temps, aurait dû faire classer les rentes constituées parmi les meubles; en effet, elles n'étaient que de simples créances portant sur des sommes d'argent (3); mais la tradition fut plus forte que la logique; on continua à les ranger parmi les immeubles, sous prétexte que la rente formait un être moral distinct des arrérages et pour le motif plus sérieux qu'elle avait trop de valeur pour ne pas être soumise aux règles protectrices de la fortune immobilière dans l'intérêt des familles. Le droit révolutionnaire fit produire à l'opinion de Dumoulin ses conséquences naturelles : on les mobilisa virtuellement d'abord, en ne permettant plus de les hypothéquer, puis par une disposition formelle (4).

D° **Rentes viagères** (5). — Cette espèce de rentes consti-

(1) A propos des lods et ventes. Paris, *AC*, 58; *NC*, 83.

(2) Conséquences : l'assignat n'est qu'une hypothèque; il n'y a pas à payer de lods et ventes pour la constitution de rentes; la perte du fonds laisse subsister la rente; la vente par décret purge les rentes perpétuelles (et non les rentes viagères), Desm., 223, 272. *Cout. not.*, 122, 130; la rente est réputée meuble dans quelques Coutumes (Blois, 157; Reims, 181, etc.) et dans les pays de droit écrit, Ferrière, v° *Rente*; cependant, en général, elle est tenue pour immeuble. Ord. 1747, 1, 3. La complainte n'est plus admise que pour les rentes foncières. Laur. s. Paris, 96 (*secùs*, Desm., 38). Loysel, 507-518.

(3) Les Ordonnances, au moins depuis le seizième siècle, fixent un taux maximum que la rente ne peut dépasser sans être infectée d'usure. Ce taux a varié; c'était le denier 10 d'après les Extrav., *Regimini*; 12 en 1567 : 16 en 1601; 18 en 1634; 20 en 1665, et not. d'après un Edit de juin 1725. Isambert, Table, v° *Rentes*. Le denier 10 est le dixième du capital ou 10 °/₀; le denier 20, le vingtième du capital ou 5 °/₀. Notons qu'au dix-huitième siècle il y avait 12 deniers au sol et 20 sols à la livre. Observons aussi que les variations de monnaies compliquaient la législation des rentes. Ord. 3 mai 1350, etc. Prescription des arrérages par cinq ans. Ord. juin 1510, 71; janv. 1629, 142. D. 20 août 1792; 24 août 1793, 151. Loysel, 508-513. Legouix, *Déchéance quinquennale*, 1901. Lair. *Intérêts*, 1860.

(4) L. 18 déc. 1790. L. 11 brum. an VII, 9; 22 frim. an VII, 7.

(5) Pothier, *Const. de rente* c. 8. Stobbe, § 196. Huber, IV, 889 (actes

tuées (1) se présenta d'abord sous la forme d'une charge (contractée par exemple par un monastère) de loger et d'entretenir jusqu'à la fin de ses jours la personne qui cédait un domaine ou une terre (cf. *infra*, bail à nourriture).

3. — **Cession de créances** (2). — A. **Incessibilité primitive** (3). — Ni les créances *ex delicto*, ni les créances *ex contractu* ne purent d'abord être cédées à un tiers; à quel titre, en effet, celui-ci aurait-il poursuivi le débiteur? Il n'avait été victime d'aucune lésion de sa part et il n'avait reçu de lui aucun engagement (aucun serment, par exemple). Pas plus qu'on ne s'explique aujourd'hui un changement de débiteur sans l'assentiment du créancier, pas plus on n'aurait compris autrefois la substitution d'un créancier à un autre. Cela tenait encore à ce que les durs moyens de coercition dont les créanciers étaient armés, la contrainte par corps par exemple, pouvaient être maniés de façon très diverse, suivant l'humeur des personnes qui avaient à les faire valoir; le créancier qu'on s'était choisi, un parent, un ami, devait apporter, on le savait, beaucoup de ménagements dans leur emploi, tandis qu'un étranger risquait de se montrer impitoyable et inhumain; aujourd'hui encore, quoique la cession de créances soit d'usage courant, il n'est pas indifférent pour le débiteur d'avoir tel ou tel créancier.

B. Des **moyens détournés** s'offraient cependant aux parties pour arriver à des résultats assez semblables à ceux que donne une véritable cession. — 1° La *novation par changement de créancier* (4); elle supposait un nouvel engagement de la part du débiteur envers le tiers qui prenait la place du créancier pri-

de 1210, etc., en Suisse). Stobbe, *Beitr.*, 1865 (Leibrenten); *Handb.*, § 196. Pertile, IV, 574 (détails bibl.). Salvioli, p. 505 (*vitalizio*). Pollock et M., II, 133 (corodies, *conredia*. Du Cange, *h. v°*). Sur les tontines, cf. Epoque monarchique. Finances, t. I. Lalou, *Th.*, 1900.

(1) P. de Font., p. 131. Beaum , 50, 13.

(2) Brunner, *NRH*, 1886, 16. Biener, *Wechselrechtl. Unters.*, p. 132 (France). Stobbe, § 177. Glasson, VII, 625. Pertile, IV, 454. Pollock et M., II, 223.

(3) L'intransmissibilité des créances a persisté dans la *Common law* anglaise jusqu'en 1873; jusque-là le créancier qui voulait céder son droit ne pouvait le faire, comme en droit romain, que par voie de procuration; le cessionnaire ou plutôt l'*attourné* agissait au nom du cédant et la procuration disparaissait par la mort de l'un ou de l'autre. Exception en faveur du roi. Les Cours d'équité admettaient, au contraire, la validité de la cession.

(4) *Blume des Sachsensp.*, II, 2, 98. Bout., 1, 26.

mitif: elle dépendait par suite de la volonté du débiteur. — 2° Le mandat *ad litem* (1); quand la représentation en justice fut admise, le créancier put donner mandat à un tiers de réclamer le paiement de la dette et de traduire, au besoin, le débiteur devant les tribunaux; le mandataire n'avait qu'à conserver le montant de la créance; mais ce mode de cession était très imparfait, puisque si le mandataire venait à mourir avant d'être payé, ses pouvoirs ne passaient point à ses héritiers: il n'en est pas moins resté en vigueur en Angleterre jusqu'en 1873. — 3° *L'Engagement simultané du débiteur envers le créancier et envers un tiers* (2); celui-ci, en vertu de sa désignation, a le droit d'exiger le paiement sans justifier d'un droit à la créance. Aussi longtemps que la représentation en justice ne fut pas admise ou ne le fut que d'une manière imparfaite, il y eut là un biais commode pour atteindre le même but. Dès l'époque franque, on voit le créancier se faire promettre par le débiteur qu'il le payera entre les mains d'un tiers (désigné d'avance ou qu'il se réserve la faculté de désigner après coup). Ces clauses, en se développant dans l'intérêt du commerce, donnèrent naissance aux titres à ordre et au porteur.

C. **Cession. — Transport.** — Quand le formalisme disparut et que les voies d'exécution contre le débiteur devinrent moins rigoureuses, la cession de créances put s'opérer directement (3): le créancier transporta son droit au cessionnaire (4). Selon la

(1) Droit anglais, allemand. Stat. de Goslar, 70, 8-10, etc. En Allemagne, le cédant joint à la procuration une renonciation à ses propres moyens d'agir. Cf., à Rome, *procur. in rem suam.* — *L. Anastasiana*, Goldschmidt, p. 311.

(2) Cf. en droit romain l'*adstipulator*, l'*adjectus solutionis gratia*.

(3) En France, la transmissibilité est écartée par certaines Coutumes; d'autres l'acceptent de bonne heure. Dans le premier sens, cf. Bout., I, 26 (p. 146), 11 (p. 54). Roisin, 51, 56, 57. Au contraire, la cession apparaît dès le treizième siècle dans P. de F., 15, 49. Ass. de Jér., *C. des Bourg.*, 212, éd. Kausler, 237. Beaum., 35, 19 (cf. 18). Varin, *Arch. adm. de Reims*, 1, 2, 744, 1118. Delisle, *Jug. de l'Echiq. de Norm.*, n. 267 (a. 1249). *L. d. droiz*, § 760 *Summa art. not.*, p. 27. Méry, *Hist. du commerce de Marseille*, 1, 292 (a. 1224).

(4) La clause de procuration n'est insérée dans la cession que pour plus de précaution. Varin, *Arch adm.*, I, 2, p. 1097. *Procuratio in rem suam* empruntée à l'Italie. Néanmoins le cessionnaire n'est pas traité comme un fondé de pouvoirs; ainsi il n'a pas besoin de lettres de grâce pour agir contre le débiteur. Bartole, c. 1, *C. J.* de O. et A. : *quod operatur traditio in rebus corporalibus, illud operatur cessio in incorporalibus.*

Coutume de Paris de 1510, art. 170 : *Simple transport ne saisit point*, ce qui veut dire, d'après la Coutume de 1580, art. 108, qu'il faut qu'il soit signifié au débiteur ou accepté par lui : jusque-là, le débiteur se libère en payant le cédant, le créancier du cédant peut se faire payer sur la créance cédée, enfin entre deux cessionnaires successifs on préfère celui qui a signifié le premier. Le sens primitif de cet axiome n'est pas bien établi (1); il n'est pas sûr que les textes anciens tinssent la signification pour nécessaire (2); mais elle était trop utile pour tarder beaucoup à être exigée; en effet, grâce à elle, le débiteur prévenu de la cession ne peut acquitter sa dette entre les mains du cédant sans engager sa responsabilité. On en fit à l'égard des tiers l'équivalent de la tradition pour les choses corporelles (3).

D. Le **paiement avec subrogation** (4) n'est que le bénéfice romain de cession d'actions combiné avec la *successio in locum creditoris* en matière d'hypothèques (5). Il faut supposer qu'un

(1) Loysel, 365, 657. Saintonge, 42. Cf. Blois, 263. et *NC.* Paris, 108. On le rattache à la L. 3 de Gordien, Cod. Just., *de nov.* Villequez, *Rhdr.*, 8, 466. Mais les romanistes regardaient la créance comme transmise par la cession et non par la signification et ne s'occupaient pas spécialement, comme la *NC, Paris*, 108, de la signification par la production d'une copie de l'acte de cession. Brunner, *NRH*, 1886, 28, 1, en propose deux explications : A° La saisine des rentes ne s'opère que par la perception des arrérages, quand l'investiture ne s'y applique plus; *AC. Anjou*, § 332. Cette règle fut étendue aux créances. B° Ce serait une application particulière de la règle : *don ne vaut sans saisine*, faite d'abord aux rentes, puis aux créances. Bourdot de Richeb., III, 175, 189 (Mantes, 4, 3, 90), puis entendue sous l'influence de la L., 3, *supra*, de la nécessité d'une signification pour toute cession.

(2) Masuer, 31, 7. Acceptation du cédé. Laur., *s. Paris*, 108.

(3) Titres payables sur présentation. *Zf. Handelsr.*, 22, 59. *NRH*, 1886, 178. Franken, *Pfandr.*, I, 248. Ci-contre, p. 451, t. II. Avignon, 50. Toulouse, *de solut.* La remise du titre cessa d'être absolument nécessaire quand celui-ci ne fut plus envisagé que comme un moyen de preuve, quand la *carta* et la *notitia* ne se distinguèrent plus au lieu de restituer l'acte, de l'invalider par une mention écrite ou en le déchirant, on se borna souvent à délivrer une quittance au débiteur, chose tout à fait anormale à l'époque franque.

(4) Romanistes et canonistes, à propos des fidéjusseurs, etc. Masuer, 29, 13. Pasquier, *Inst.*, 3, 32. Dumoulin, *De us.*, q. 49 (n° 216), 89; et t. 3, p. 387; éd. 1681 (*Lectiones Dolanae*). Loyseau, *Offices*, 3, 8. Domat, 3, 1, 6. Renusson, *Subrog.* 1732. Pothier, n°s 280 et suiv.; Intr. au t. 20, C. d'Orl. Ragueau, *h. v°*. Guyot, Ferrière, etc. *ib.* — Beauregard, *Thèse*, 1876.

(5) Confusion, cf. Bartole, sur I. 1, *D. quae res pig.* Negusantius, *De pign.*, 5, 3, 45 (cité par Beaur., p. 159). Favre, *Def.*, 1, 2, 3. Pothier, *Intr.* n° 66 et suiv.

tiers paye la dette d'autrui à l'échéance : on lui permet de se servir, pour rentrer dans ses déboursés, des droits qui appartiennent au créancier désintéressé, en particulier des hypothèques constituées en sa faveur avec le rang dont elles étaient investies. Pour cela il lui faut ou une convention conclue avec le créancier ou avec le débiteur, ce qui arrivera quand il agit dans l'intérêt de l'un ou de l'autre, — ou bien, si le tiers agit dans son propre intérêt, une réquisition adressée au créancier, que celui-ci y fasse droit ou non. — Ce n'est pas sans peine que s'introduisit dans notre droit la subrogation convenue avec le débiteur, opérée malgré le créancier (1) ; mais elle était dans la logique de l'institution : si le *tiers* remettait les deniers au débiteur et que celui-ci payât le créancier, ce dernier n'avait aucune raison pour s'opposer à ce que le tiers exerçât des droits dont il n'avait plus à faire usage. Quant à la subrogation sur réquisitoire au profit de ceux qui payaient ce qu'ils devaient avec d'autres ou pour d'autres (cautions, codébiteurs solidaires, etc.), il eut été logique de décider qu'elle aurait lieu de plein droit : puisque le créancier ne pouvait pas opposer de refus à la demande qui lui était faite, celle-ci n'était qu'une vaine formalité. C'est ce que soutint Dumoulin, dans la première des leçons solennelles qu'il fit à Dôle, et ce qui était d'accord avec le précédent de la *successio in locum ;* la doctrine et la jurisprudence se divisèrent (2) ; il ne semble pourtant pas que son opinion ait prévalu, mais les rédacteurs du Code civil la consacrèrent avec raison (art. 1251) (3).

E. **Titres au porteur et à ordre** (4). — Ces sortes d'écrits

(1) Ci-dessus, p. 479, n. 3, t. II.

(2) Dans le sens de Dumoulin, cf. Serres, *Inst.*, 3, 21 ; arrêts dans Maynard, 2, 49 ; D'Olive, 4, 31. — En sens contraire, Pothier, Renusson, etc.

(3) Cf. *Subrogation personnelle* et cession de créances. Le créancier est libre de céder sa créance ; la subrogation lui est imposée. Le cessionnaire spécule ; le subrogé rend plutôt un service ou fait sa propre affaire ; aussi quand il paye 9 pour une créance de 10, il ne peut réclamer que 9, tandis qu'un cessionnaire aurait droit à 10 et de même la caution ne peut demander à ses cofidéjusseurs que leur part. La subrogation ne doit pas tourner au préjudice du créancier, on la lui impose parce que *sibi non nocet, alteri prodest* (*nemo contra se subrogasse censetur*). Le subrogeant n'est pas tenu à garantie comme le cédant. Le subrogé n'a pas à faire de signification au débiteur.

(4) Brunner, *Forschungen*, p. 524 (*frank. rom. Urk.*) ; p. 631 (*Inhaberpap. in Deutschl.*) ; *Das franz. Inhabepapier*, 1879 *, rev. et augm. dans la tr. fr. *NRH*. 1886. 139. Kuntze, *Inhabepapieren*, 1857. Stobbe, *Zfg. Handelsr.*, XI,

contiennent la promesse de payer à une personne autre que le créancier, à un tiers inconnu au moment de la création du titre, et qui sera déterminé, dans un cas, par la possession de celui-ci. — *clause au porteur*, — dans une autre par un acte du créancier dénommé dans le titre, — *clause à ordre*. — Dans les **titres au porteur**, le débiteur promet de payer : 1° tantôt au créancier ou au porteur (*vel cui hoc scriptum in manu paruerit*) ; 2° tantôt simplement au porteur (*ad hominem apud quem hoc scriptum in manu paruerit*). La première de ces formes se rencontre dans des actes italiens du neuvième siècle ; l'autre ne se montre qu'une centaine d'années après. De l'Italie, les titres au porteur passèrent dans l'usage des autres pays (1). En France, on en trouve au treizième siècle (2). La clause alternative (*à N. ou au porteur*) est la plus usitée (3). Il est loisible au détenteur du titre qui la contient d'en exiger le montant sans avoir à prouver d'où lui vient le titre, sans avoir à démontrer la régularité de sa possession (4). Elle présente dès lors le grand avantage de permettre au créancier : 1° de céder sa créance, sans acte, sans signification au débiteur, par la simple remise du titre ; — 2° de se faire représenter par le porteur, sans lettres de grâce, sans procuration ; il est vrai que le porteur risque d'abuser de ses pouvoirs

428. *Handb.*, § 177 et suiv. Duncker, *ZfDR*, t. 5. Platner, *Arch. f. civ. Pr.*, 42. Bruschettini, *Titoli al portatore*, 1898. Goldschmidt, *ZSS*, 1883. *RA*, 352 ; *Universalgesch. d. Handelsr.*, 1891. Salvioli, *Tit. al port. n. dir. longob.*, 1881 ; *Id., n. dir. ital.*, 1883. Papa d'Amico, *Tit. di credito*, 1886. Pollock et M., II, 223. Wahl, *Titres au porteur*, 1891. Jenks, *On the early history of negotiable instruments* (*Law Quart. Rev.*, 1893, 70). — Ces titres n'ont pas été inconnus de l'antiquité classique ; cf. Goldschmidt, *op. cit.*, et Beauchet, *Hist. du dr. pr. athén.*, IV, 541.

(1) Brunner, *Zf. Handelsr.*, 22, 119, 505. Pertile, IV, 461 (exécut. test.).

(2) Clause alternative, Warnkœnig, *Flandr. Rechtsg.*, III, 2, 159 (acte de 1276). Beaum., 35, 20. *AC. Artois*, 3, 34. Masure, *F. de Béarn*, p. 285. *Gr. C.*, p. 834, etc. Clause simple. *Cartul. de Flines*, I, 252 (n° 231), a. 1281. Roisin, p. 303, etc. Brunner, *NRH*, 1886, 36. — Bracton, f. 46 *b* (*missibilia*).

(3) Voy. sur cette clause l'analyse détaillée des textes, *NRH*, 1886, p. 37-50, 139-148. F. de Béarn, 42, 110, 117 ; cf. éd. 1715, p. 29. *AC. Artois*, 2, 8. Bout., I, 11 et 107 : *principal* et *command* (que Brunner lit au lieu de *convent*) = créancier et porteur (et notes de Charondas). *Mém. Soc. Antiq. Norm.*, 18, p. 64. *Gr. C.*, p. 433. *Cout. not.*, 27. Desm., 171, 179, 164, 378, 255. J. Lecoq, q. 4. Masuer, *de solut.*, 15 (mais cf. Boerius, *Decis.*, p. 580, 277, éd. 1599). Rebuffe, *Comment. in Const.*, 1599, I, 39. *Inst. for.*, I, si le cessionnaire.

(4) L'idée qu'on se faisait de la *carta* et de son rôle juridique ont dû contribuer à ce résultat. Ci-dessus, p. 315, 438, t. II.

en transmettant le titre à un tiers et qu'on ne peut le révoquer, car tant qu'il possède le titre, il n'y a pour le débiteur d'autre créancier que lui. Si différente que sa situation fut de celle d'un mandataire, nos anciens jurisconsultes le qualifièrent pourtant de procureur du créancier dans le but de justifier son droit d'agir en justice : c'était là une fiction imaginée pour mettre d'accord l'ancienne pratique et les idées romaines ; elle fut d'abord sans grande influence sur les faits (1) ; mais à la fin du seizième siècle elle eut pour résultat de faire traiter les titres au porteur comme des titres nominatifs ordinaires dont on aurait chargé un mandataire de faire le recouvrement ; c'était les dépouiller de leurs avantages les plus essentiels. Le besoin qu'avait la pratique d'effets de circulation rapide lui fit imaginer les *billets en blanc ;* un moment ces sortes de titres remplacèrent les titres au porteur dans l'usage civil et commercial ; mais la jurisprudence les crut dangereux et les défendit ; ils furent même proscrits avec les titres au porteur par un Edit de 1716 qui voulait réserver le bénéfice de la clause au porteur aux billets de l'Etat et à ceux de la banque de Law. La prohibition ne survécut pas au fameux système : dès 1721, une autre Edit autorisa, du moins, les titres au porteur.

La **clause à ordre** (2) qui n'a pas moins d'importance que la clause au porteur, se rattache, comme celle-ci, à des formules très anciennes ; dès le septième siècle, les actes portent des clauses du genre de celle-ci : je payerai à N... ou à celui *cui dederit hanc cautionem ad exigendum* ; au huitième siècle on dit : *vel cui in manum miseris* ; dans les actes italiens du douzième siècle : *vel cui ordinaveris* (3). Les formules françaises du treizième siècle : *à N. ou à son command, à son commis*, sont remplacés au dix-septième par la clause à ordre qui vient d'Italie et qui prévaut partout. Le titre à ordre servait aux mêmes

(1) Cependant on lui applique la règle que la procuration s'éteint par la mort du mandant. *Homs mort n'a porteur de lettres.* Desm., 164, 378. Loysel, 377.

(2) *A N, ou à son ordre*, formule qui équivaut : *à l'ordre de N.*, car N. peut se désigner lui-même. Stobbe, § 178. Cf. dans *NRH*, 1886, 169, la comparaison entre la clause de procuration et la clause à ordre sous leurs diverses formes. Heusler, § 48. Debray, Thèse.

(3) Lettre de change à ordre, cf. acte du 18 mai 1160 (Gênes). *Monum h. patr.* Chart. 2, n° 882. Billets à ordre de Marseille, 1247-1248 (Blancard, *op. cit.*). Cf. loi napolitaine de 1607.

usages que le titre au porteur: mais celui-ci pouvait circuler par plusieurs mains, tandis que le titre à ordre « n'admettait qu'une seule transmission, car le command était obligé de prouver que le titre lui avait été remis par la personne dénommée dans l'acte », et il le faisait d'ordinaire en présentant une procuration (1). Une pratique d'origine italienne, l'endossement (2), dispensa de produire une procuration spéciale, puisqu'il constituait un vrai mandat écrit au dos du titre (3). L'innovation résidait moins dans la mention au dos du titre, — usage assez répandu depuis le quatorzième siècle au moins dans des cas très divers et qui passa sans peine aux titres à ordre (4), — que dans l'admission d'une série de transmissions successives qui en fut la suite (5); les titres à ordre remplacèrent ainsi les titres au porteur interdits et devinrent des valeurs circulantes. C'est en ce sens qu'est exacte l'assertion de Savary constatant qu'il n'y a pas d'endossement dans les lettres de change avant 1620 (6).

(1) Au lieu de procuration, mieux vaudrait dire *désignation du command;* l'unique chose à prouver par le command (actuellement *porteur*) est qu'il a été désigné par le preneur *ad exigendum*, peu importe pour quelle cause (donation, cession à titre onéreux, mandat). Cette désignation a-t-elle pour conséquence de faire du porteur un mandataire ou un cessionnaire du preneur? C'est peu probable, puisque l'ancien droit ne connaît ni le mandat ni la cession. On est donc réduit à dire qu'il a un droit propre, qui lui est acquis directement en vertu de la clause à ordre; il n'est donc pas l'ayant cause du preneur; il n'agit pas en son nom; il ne peut pas se voir opposer des exceptions de son chef (par exemple la compensation, Loysel, 704. Bout., I, 44). *Olim.*, t. II, p. 1362 (a. 1318). L'analogie avec les titres au porteur milite pour cette idée dans le passé et les besoins du commerce en maintinrent les conséquences pratiques dans la suite, au moins jusqu'à un certain point, lorsque sous l'influence des idées romaines on ne vit plus dans le porteur qu'un mandataire du preneur (soit *in rem suam*, soit dans l'intérêt de ce dernier).

(2) On lui attribue communément une origine française, *NRH*, 1886, 174 (bibl.). Mais cf. Goldschmidt, p. 451. Debray, p. 47.

(3) L'ordre est aussi apposé au bas de la lettre de change comme un aval.

(4) *Gr. C.*, p. 265. Du Cange, v° *Indorsare*. Bout., I, 49. Cf. Cod. Just., 8, 43, 14. Damhouder, *Praxis rerum civil.*, c. 89 (endos de toute substitution de procureur). L'usage d'endosser les lettres de change s'établit d'abord à l'effet de donner procuration. Arg. Ord. 1673 qui oppose l'endossement (procuration) à l'ordre (cession).

(5) Cf. Debray, p. 47.

(6) Parère, 82. Goldschmidt, p. 451 : dès 1560, multiplicité des endossements en Italie. Pragmatique de 1607 et 1617 (interdiction). Loi de Venise de 1593. Clairac, *Usances du négoce*, p. 35, 62. Ord. 1673, 5, 23. Cf. Debray, p. 51 (théories du XVII[e] et XVIII[e] s.),

F. **Lettre de change** (1). — Le négociant, qui se rend à une foire ou sur une place de commerce éloignée, a besoin de monnaie étrangère : il peut s'en procurer au départ ou à l'arrivée, en échangeant ses espèces contre d'autres (*change manuel*, remise de la main à la main) ; mais le transport de l'argent, surtout au moyen âge, était incommode et peu sûr : mieux valait s'adresser à un commerçant ou banquier qui avait un correspondant (associé, etc.) (2) au lieu où on se rendait ; en lui remettant des valeurs, on obtenait de lui la promesse qu'il ferait fournir par son correspondant les sommes nécessaires (*change tiré*, échange d'espèces avec tradition dans un autre lieu ; remise de place en place) (3). Un écrit *instrumentum ex causa cambii*, était dressé d'ordinaire pour constater l'opération, comme pour tout autre acte : mais il n'avait pas d'effets spéciaux et ce n'est pas de là que vient la lettre de change : constatons pourtant qu'il renfermait habituellement la clause à ordre ; le correspondant devait payer au donneur de valeurs *vel suo nuntio* (au présentant). La lettre de change a son origine dans la lettre d'avis ou traite adressée par le banquier (*tireur*) à son correspondant (*tiré*) pour l'inviter à payer la somme qu'il a promise : c'était une simple lettre missive sans valeur juridique (4) : elle

(1) Goldschmidt, *Universalgesch. d. Handelsr.*, 1891. Freundt, *Wechselr. Postglossat.*, 1899 (c. r. *Arch. giur.*, 1901. Schaube, *Anf. d. Tratte* (*Zfg Handelsr.*, 1894, 43) ; *ZSS*, 1893, *GA*, 134. Scotti, *Arch. giur.*, 1884 (avant 1500). Papa d'Amico, *Credito comm.*, *Ibid.*, 1885 ; *Lett. d. cambio* (*Foro Catan.*, 1885). *Arch. stor. ven.*, t. 14 (protêt au XIV^e^ s.). *BCh.*, 3, II, 68 (Id.). Biscaro, *R. ital. Sc. giur.*, 1900, 20, 189. Bergson, *R. Fœlix*, X, 203. Blancard, *BCh.*, 39, 110 et 588 (Marseille). *France judic.*, 1877-78, 166 (*L. de ch. à Bruges*, par Gilliodts). Neumann, *Gesch. d. Wechsels*, 1863. Des Marez, *Lettre de foire à Ypres au XIII^e^ siècle*, 1901. Weber. *L. de change des jésuites*, 1883. Endemann, *Stud. in d. rom. kan. Wirtsch. u. Rechtslehre*, 1874, I, 75-339. Debray, *Clause à ordre*, thèse, 1892. Huvelin, *Ann. de dr. comm.*, 1901, 1 (trav. récents sur l'hist. de la l. de ch.). Grasshoff, *Wechselr. d. Araber*, 1900. Grünhut., *Wechselrecht*, 1897.

(2) Ou même tout d'abord un préposé, un commis. Cf. clause à ordre *passive : per me vel per meum nuntium*.

(3) Cf. Goldschmidt, *op. cit.*, p. 412 (*cambium ad risicum maris*, ou au contraire *salvum in terra*).

(4) Divers systèmes sur l'origine de la traite. Goldschmidt la rattache au billet à domicile ; Schaube, aux lettres d'affaires entre commerçants ; Lastig, *Zf. Handelsr.*, 1878, 138, aux mentions sur les registres des banquiers ou *campsores* qui avaient en Italie force exécutoire et étaient accompagnées d'un avis ou lettre de payement ; Freundt, aux lettres patentes et lettres closes délivrées par les rois ou villes à leurs créanciers. Sur ces points et sur l'influence arabe, cf. Huvelin, *op. cit.*

coexiste au treizième siècle, au début du quatorzième, avec l'acte public dont il vient d'être question; dans le courant du quatorzième siècle, elle se substitue à lui et l'élimine, ce qui est possible, car on y trouve les mêmes mentions et elle est confiée au donneur de valeurs lui-même pour être présentée à l'échéance, par lui ou par son fondé de pouvoirs, au tiré qui payera contre remise; elle a, en outre, pour conséquence de permettre une exécution fort rigoureuse; on y attache un recours du donneur de valeurs contre le signataire, lorsqu'il n'est pas payé par le tiré, la clause *valeur fournie* et la remise de la lettre au preneur impliquant une reconnaissance de dette de la part du tireur. Le mandat de payer donné au tiré s'explique par le fait qu'il est l'associé du tireur ou qu'il a reçu de lui des valeurs (*provision*); dans ces termes on comprend que le tiré soit tenu d'accepter la lettre, ce qui se fit d'abord verbalement et surtout *per retentionem litterarum*, plus tard par une mention écrite sur l'acte lui-même; le refus d'acceptation fut également constaté par une mention écrite du tiré; mais cet usage peu favorable au crédit disparut et on laissa au porteur le soin de faire un protêt faute d'acceptation. Par l'acceptation, sans que le tireur soit libéré, le tiré s'engage envers le porteur; il le fait plutôt au nom du tireur qu'au sien, ce qui lui permet de se prévaloir (jusque vers le XVI^{e} s.) des exceptions que le tireur pouvait opposer au preneur (par exemple celui-ci ne lui avait pas fourni de valeurs). Si le tiré acceptait *à découvert*, en l'absence de provision, on le considéra comme tenu néanmoins, parce que l'*acceptation fait présumer la provision*. Ainsi se dégage timidement la tendance à rendre les droits du porteur indépendants des relations entre le tireur et le tiré, dans le but de faciliter la circulation du titre et de donner plus de sécurité au porteur. La clause à ordre et les endossements multiples permettent en même temps à la lettre de change de remplir une fonction nouvelle; elle ne servait d'abord qu'à éviter un transport d'argent; on en fait un moyen de paiement et un instrument de crédit, une sorte de monnaie entre commerçants; la valeur qu'elle représente s'incorpore à elle et la pratique savante des temps modernes revient ainsi par un rapport inattendu à la *carta* formaliste de l'époque barbare (1).

(1) Bibliographie ancienne dans Camus et Dupin, n^{os} 2125 et suiv., 2212 (Cleirac, Savary, Dupuy, Pothier, etc.).

4. — **Mandat et représentation** (1). — A° **Généralités.** Dans le très ancien droit, les actes juridiques doivent être accomplis par l'intéressé lui-même; c'est là une conséquence de leur caractère formaliste; les solennités ou les paroles qu'ils supposent impliquent son intervention; elles n'auraient pas de sens si elles émanaient d'un tiers. Sous le régime des actes sans formes (par exemple contrats consensuels) (2), la représentation est devenue possible; chacun a pu faire connaître sa volonté, non seulement par une lettre ou un *nuncius* (*epistola loquens*), mais par un mandataire muni de pouvoirs et d'instructions assez larges pour qu'on ne puisse pas le qualifier uniquement de porte-paroles. Par une fiction assez naturelle pourtant, on l'a assimilé à un simple messager; l'acte du mandataire est censé l'œuvre du mandant. Les cas dans lesquels il est nécessaire d'agir par représentants se sont présentés de tout temps, par exemple on est absent ou malade. Comment procédait-on à l'époque formaliste si l'on se trouvait dans une de ces hypothèses? L'abstention n'est pas toujours possible; c'est ainsi que si l'on est cité en justice, force est de comparaître afin d'éviter les peines qui atteignent le défaillant. Le chef de famille échappait quelquefois à cette nécessité, en faisant agir les personnes sous sa dépendance, les gens de sa mesnie (3); mais leur sphère d'action était assez limitée, car il est d'évidence qu'ils ne pouvaient engager le maître *in infinitum* (4). A l'inverse, la représentation était moins fréquente qu'on ne pourrait le croire, car tous les actes intéressant les personnes en puissance étaient accomplis par leur mainbour agissant en son nom personnel, à raison de sa qualité de chef de famille; il se rencontrait telles circonstances où un individu *sui juris* avait intérêt à abdiquer son indépendance et à se placer sous la mainbournie d'un autre à l'effet de le mettre à la tête de ses affaires (5). En matière d'obligation, les titres

(1) Ci-dessus, Tutelle, p. 167, t. II. Heusler, § 47 et suiv. Glasson, 7, 634.

(2) Mariages par procureur, ci-dessus, p. 25, t. II. — Acquisition de la possession *corpore alieno*, ci-dessus, p. 249, t. II. Heusler, I, 210.

(3) Bout., I, 12 (instituteurs et exerciteurs). Beaum., 34, 5, 6; 29 (serjants). Moines pour les monastères, x, 3, 35, 6. — Paul, 5, 2, 2 (*L. Rom. Cur.*).

(4) Ci-dessus, p. 113 et suiv., 162, 407, t. II. Goldschmidt, I, 244.

(5) Acte de 693, Pertz, *Dipl.*, 68. *Sachsensp.*, I, 42, 1. — Cf. mandat romain. *L. Wis.*, éd. Zeumer, Index, v° *Mandatum*. Rozière, *Form.*, I, p. 314 et suiv. Thévenin, *Textes*, p. 262. Du Cange, v° *Mandare*, *Siete Part.*, 5, 12, 20. *Cart. de Saint-Victor*, I, 27.

au porteur fournirent un moyen de se passer de la représentation. En dehors des cas précédents (1), il était possible de faire accomplir la plupart des actes par un tiers en son nom personnel sauf à obtenir ensuite de lui la transmission du bénéfice ou de la charge qui en résultait; ainsi il achetait un fonds et le payait; après quoi il le revendait à celui pour le compte duquel était fait l'achat; mais ce procédé compliqué n'est pas sans dangers; l'une des parties peut avoir à souffrir de l'insolvabilité de l'autre; si l'opération est avantageuse, le tiers risque de vouloir la conserver pour son compte: il peut mourir avant d'avoir effectué la cession et ses héritiers se refuser à la faire; si l'opération est mauvaise, c'est le tiers qui est exposé à perdre par suite d'un changement de volonté ou de la mort du principal intéressé (2). — Rien ne peut remplacer la représentation proprement dite (3). Elle s'introduisit dans le droit coutumier à

(1) *Add.* institution anglaise des *uses* (ci, p. 1316) : un tiers acquiert *ad opus* (fr.: *oes, os*; angl.: *use*) *monasterii*. Pollock et M., II, 226.

(2) Beaum., 34, 36, 37, 55; cf. surtout c. 29 (services faits par mandement). Cf. *Jost.*, p. 162. — Commission, cf. Ferrière. v° *Facteur. Dict. œconomique*, v° *Commissionnaire*, Goldschmidt, I, 331. Du Cange, v° *Commissio*. Cf. Office et Commission, t. I. — Testament par commissaire, R. Caillemer, *Exécut. test.*, p. 512. — Election de command, cf. répertoires, *h. v°*. Prête-nom. Soldan, *R. gén. dr.*, 1885, 113.

(3) Sur les **promesses et stipulations pour autrui**, il règne une grande confusion dans l'ancienne doctrine. Cf. J. Faure, *Inst.*, 3, 18, 3 et 19. Gui Pape, q. 317. On les distingue mal des promesses et stipulations par le ministère d'un tiers. Bucherullus, p. 423. *De aequitate canonica* ces actes sont valables, et, en fait la règle comporte tant d'exceptions, qu'on se demande si elle a jamais pu s'appliquer. Pothier, *Oblig.*, 53 et suiv. (cit. de Grotius). Dans le très ancien droit on promet le fait d'autrui (p. ex. sa comparution en justice) et on stipule pour autrui, car du moment où les formalités requises sont accomplies, le promettant est engagé; on n'examine pas si le stipulant a un intérêt moral ou pécuniaire à l'exécution de l'obligation. Les exemples cités d'ordinaire prêtent à difficulté : constitution de douaire aux parents de la femme, remise du fief au seigneur pour qu'il investisse l'acquéreur, actes par un *Salmann*, rente viagère au profit d'un tiers, substitutions, stipulations au profit des enfants à naître dans les contrats de mariage, titres à ordre et au porteur. Stobbe, § 172. Les axiomes romains ont pénétré dans l'ancienne doctrine quoiqu'ils fussent en contradiction avec la règle que tous les contrats étaient de bonne foi. Mais ce ne fut pas sans difficulté. Beaum., 34, 36 et suiv. *Stat. Bonon.*, 1454, 118 (on peut stipuler pour autrui, *nonobstante quod sua non intersit*, et le tiers a une action *ipso jure* comme s'il avait stipulé). Pertile, IV, 455. Bartole, s. l. 1, D., *de pactis : semper videtur mea interesse*. Voet, *Pand.*, 46, 1 et suiv.: *moribus hodiernis obtinuit unumquemque alteri aeque ac sibi posse stipulari*. Charondas, *Rép.*, X, 46. Buchka, *Stellvertr.*, p. 121. Lambert, *Contrats en fav. des tiers*, 1893.

mesure que le formalisme disparut (1). Mais pour montrer combien lente fut sa marche, il suffit de constater qu'elle n'est pas admise, en principe, en Allemagne avant le treizième siècle. S'agit-il de doter un monastère, on ne le fait que lorsque des reliques y sont déposées ; c'est au saint lui-même, en personne, sur la châsse où sont ses restes, que la tradition est effectuée ; doit-on restituer un fonds à saint Victor de Marseille, les moines transportent sa châsse sur les lieux et l'y laissent trois jours. Il y avait là cependant un cas éminemment favorable, puisque le monastère se trouvait dans l'impossibilité absolue d'agir ; autant qu'on le pouvait, on se rapprochait de l'acte personnel. Et lorsque la représentation est reçue, il n'est pas rare qu'on ait des doutes sur la validité de l'acte du représentant et qu'on le fasse confirmer par le représenté, dès que cela devient possible. Scrupules et hésitations ont disparu vers le quatorzième siècle d'une manière générale et avant cette époque pour beaucoup de cas (2). La situation des procureurs aux négoces (par opposition aux procureurs aux causes, procès) est réglementée par voie d'emprunt aux règles du droit romain et du droit canon (Sexte 5, 12, 68, 72) (3).

B° Les **Salmannen**. — Des représentants ordinaires rapprochons les exécuteurs testamentaires, dont il sera question plus loin (4), et les *Salmannen* du droit allemand (5). Le *Salmann* est,

(1) Pertile, 4, 452, la croit plus ancienne. *L. long. Lud.*, 14.

(2) Beaumanoir oppose les sergents (ceux qui rendent des *services*) par loyer, par commandement, qu'il assimile aux gens de la mesnie (39, 6) et que le sire ne peut désavouer tant qu'ils ouvrent en leur office (hors le cas de crime), aux sergents par prière ou mandement auxquels on ne doit que leurs dépens et qui sont obligés envers les tiers (29, 6 : *l'en ne peut suir de marchié fors celui qui le marchié fist, tout fust il fes pour autrui, se n'est de ce que procureur font en court*) et enfin à ceux qui servent sans loyer ni dépens, à leurs risques et périls. Du Cange, v° *Serviens*. Ragueau, v° *Sergent*.

(3) **x** *de procur.*, 1, 38 et les comment. d'Hostiensis, etc. G. Durand, *Spec., ibid.* Bout., I, 10. Masuer. 4. J. Faber, *Inst.*, 3, 26 ; 4. 11, etc. Loysel, 371 et s. Domat, 1, 15. Pothier, *Tr. du mandat*, 1767. — Cf. *ibid.* sur la commission, la gestion d'affaires, la tutelle et curatelle. — Sur le contrat d'entremise ou courtage, cf. Loysel, 416. Goldschmidt, *ZHandelsr.*, 28, 115. — Sous-mandataires. Loysel, 371 : *assez fait qui fait faire* : Beaum., 4, *in fine*.

(4) Cf. *manda* pour testament, *Fuero Real*, 3, 4.

(5) Heusler, II, 215. Stobbe, *ZRG*, 7, 405. Beyerle, *Grundeigenthumsrecht* (Constance), I, 1, *Salmannenrecht*. Cf. ZSS, 1900, GA, 351. Ci-après, Exécuteurs.

comme son nom l'indique, une personne qui effectue la *Sala* ou tradition d'un fonds, mais qui l'effectue pour autrui ; c'est un intermédiaire entre l'aliénateur et l'acquéreur. Il en est question tout d'abord à propos de transmissions *mortis causa* (1) ; exposé à un danger de mort, je veux gratifier quelqu'un après mon décès ; mais si je survis, j'entends conserver mes biens ; pour atteindre ce but, je les confie à un tiers, à celui qu'on appellera un *Salmann* à l'époque féodale, en lui faisant promettre d'exécuter mes volontés ; par là je serai plus assuré de les recouvrer en cas de survie que si je m'en étais dépouillé directement en faveur du vrai destinataire et, d'ailleurs, celui-ci peut ne pas être présent au moment où je veux disposer. D'une manière générale, on recourut à ce procédé de l'aliénation par personne interposée toutes les fois qu'il y avait un obstacle à l'aliénation directe (2). Et l'on finit même par donner quelquefois au *Salmann* le rôle de garant de l'aliénation (3). En dehors de cette situation exceptionnelle, on discute beaucoup sur la fonction et les droits du *Salmann*. Selon les uns, ce serait un représentant du disposant ; selon les autres, un acquéreur fiduciaire (4). A nos yeux, la difficulté vient de ce que son rôle n'a pas toujours été le même ; il a commencé par être un acqué-

(1) *L. Sal.*, t. 46 (affatomie).

(2) *Carl. Sen.*, 50. *Hist. Frising.*, nos 224, 287, 308, 366, 342, etc. *Urk. St Gall.*, nos 325, 342, etc. En 1160, le duc de Souabe, Conrad, sert d'intermédiaire pour une acquisition au profit du prieuré de Burglen, parce que les reliques de saint Jean n'étaient pas là au moment de l'acte. Heusler, I, 208.

(3) *Saleburgiones*. Cf. textes cités par Heusler, II, 222. Le *Salmann* bavarois, dit ce savant, est le livre foncier vivant du bien ; il atteste la régularité de l'aliénation. Cf. *ibid.* : l'étranger auquel l'acquisition d'un fonds situé dans une ville n'est pas permise en principe, est autorisé à acheter à l'aide d'un *Salmann* bourgeois.

(4) D'après Heusler, *loc. cit.*, la vérité serait entre ces deux systèmes. Pour lui, le *Salmann* aurait une situation analogue à celle d'un tuteur (*Vormund*), ci-contre, p. 160, t. II. Mais les pouvoirs qu'on lui reconnaît supposent qu'il est devenu plein propriétaire, au moins dans le très ancien droit ; en effet, pour transmettre le bien au destinataire, il fait une aliénation complète, avec *resignatio* ; de même quand il s'agit de le restituer au disposant. Si celui-ci venait à effectuer le transfert, cet acte de sa part ne vaudrait pas, et il faudrait que le *Salmann* intervint. La constitution du *Salmann* a lieu *per festucam*. Quelquefois même il est constaté que le disposant lui a remis le bien en accomplissant et la tradition et la *resignatio*. S'il n'avait pas été propriétaire, il n'aurait pas pu accomplir utilement les solennités du transfert de propriété et n'aurait pu servir de garant à l'acquéreur. Cf. cependant textes et discussion dans Heusler, II, 218.

reur fiduciaire pour tendre à devenir un mandataire aux pouvoirs plus ou moins étendus. C'est précisément à cause de cette évolution que les actes sont en désaccord et ont pu fournir des arguments en sens divers. A une époque où la représentation n'était pas admise, l'aliénateur qui ne pouvait disposer directement au profit de celui auquel il destinait son bien, se vit dans la nécessité de le céder en pleine propriété à un ami en le chargeant de faire à son tour une cession analogue à l'acquéreur définitif; cet ami devenait propriétaire, mais il s'engageait par *fides facta* à restituer; c'est la *fidelis manus*, *treue Hand*, qui remet ce qu'elle a reçu. La valeur de ce procédé dépend beaucoup de la bonne volonté de l'intermédiaire. Il est vrai que la *fides facta* permet de l'obliger à s'exécuter, mais le bénéficiaire de l'acte, c'est-à-dire le principal intéressé, n'est pas autorisé à l'y contraindre; seuls, le disposant ou ses héritiers en ont le droit, ce qui ne suffit point, car le disposant ne peut pas toujours agir et des héritiers indifférents risquent de ne pas le vouloir. On a dû songer alors à limiter le droit du *Salmann* sur les biens qu'il reçoit, de façon à le soustraire à la tentation à laquelle il est exposé de les conserver indûment: c'est sans doute à cause de cela que le disposant se borne à lui faire tradition sans *se exitum dicere*, ce qui lui permet de recouvrer plus facilement ce qu'il a donné. Là où subsista l'institution des *Salmannen*, leurs pouvoirs furent restreints; en général, ils disparurent pour faire place à des mandataires ordinaires.

C° On ne peut pas se faire **représenter en justice** (1) à l'époque barbare, à raison du caractère formaliste de la procédure (2). Il n'y a d'exception, en cas d'excuse légitime, que si l'on plaide

(1) Cf. Procédure, époque franque et Procureur, époque royale, t. I. Brunner, *NRH.* 1886, 12; *ZVR*, 1 (*Anwaltschaft*). Schrœder, Table, v° *Stellvertretung*, not. p. 380 (bibl.). Pollock et M., I, 191. Brandileone, *Studi e docum.*, 1889, 1. Pertile, 4, 150. — Schwalbach, *Civilprocess*, p. 15. Tardif, *Procéd. au XIII^e s.*, p. 25. Aubert, *Hist. du Parl.*, I, 1, c. 7. Glasson, VI, 361; *Précis de procéd. civ.*, 1, 239. Percerou, *Nul ne plaide par proc.*, 1900. Thèses, Spiridès, 1895. — Cf. en général, traités sur la procédure, Camus et Dupin, n^os^ 1084 et suiv. Ferrière, Guyot, etc., v° *Procureurs*. — Sur le droit canon, Fournier, *Officialités*, p. 36.

(2) Pour la même raison, le défaut d'une partie arrête la procédure; on ne put l'atteindre d'abord que par des voies indirectes, amende, mise hors la loi. Brunner, § 113. Pollock et M., II, 592. Plus tard, règle *Absens pro confesso habetur*. Loysel, 871. Glasson, III, 452; VI, 495. Cf. théories des essoines, etc. Tardif, *Procéd. au XIII^e s.* — Champions ou avoués dans le duel judiciaire. Beaum, 41, 6. P. de F., 22, 13. Ci-dessus, p. 434, t. II.

à la Cour du roi ou si l'on obtient un privilège royal (1). Principe et exceptions se retrouvent dans le droit coutumier. Beaucoup de coutumes interdisent encore la représentation en justice (2), sauf privilège du roi ou empêchement légitime (3). Mais les privilèges se multiplient : tel est celui qui est accordé d'une manière générale à l'Eglise et aux prélats et qui s'explique d'autant mieux que les Cours d'Eglise admettaient la représentation (4). En Normandie, en Angleterre, la règle est que, devant la Cour du duc ou du roi, on peut se faire représenter (5). Le Parlement de Paris n'alla pas aussi loin et fit entre le demandeur et le défendeur une distinction assez équitable dont les autres tribunaux s'emparèrent : le défendeur est libre de se faire représenter (6) ; au demandeur (qui choisit son heure pour plaider) (7) il faut des *lettres de grâce* (8). Ces lettres ne furent

(1) Marculf., I, 21 (constitution d'un représentant *per festucam*), 24 ; II, 31. *F. Arvern.*, 2 ; *Turon.*, 20. Rozière, 344, 384, 387, 391. Thévenin, *Textes*, p. 269. Capit. 802, 9 (I, 93). Heusler, I, 205. Hübner, *Gerichtsurk. d. fränk.* Z. Battaglia, *Rst. dir.*, 1889. Sur *Sal. Extr.*, 12 (76), cf. Geffcken, bibl. Brunner, *Mithio*, p. 6. — Le représentant avait une situation analogue à celle d'un *Salmann*. Cf. *advocati*, avoués, vidames ecclésiastiques (Obligation pour le clergé de plaider par procureur. Conc. Carthage, 75). *Capit.*, Table, *h. v°*. Pardessus, *Dilpl.*, 2, 233. Les vassaux du roi peuvent aussi en avoir. Cf. pour *vicini*, Fumagalli, *Cod. ambr.*, n° 121.

(2) Beaum, 2, 16 ; 4, 2 et 31. *Const. du Chât.*, p. 79. Langlois, *Textes parl.*, p. 19, 20, 135. Aubert, *Hist. du Parl.*, 2, 44. — Allemagne : privilège du seigneur.

(3) Le représentant en justice s'appelle *procurator*, procureur, attorné (Normandie), alloué. Cf. Procureurs, t. I. Textes généraux : Beaum., 4. *AC. Artois*, 9, 10. *Gr. C.*, 3. *Olim.*, I, 833, 45. Il n'a pas à donner caution *de rato* en Cour laie. Beaum., 4, 24 ; l'acte du procureur est censé l'acte du mandant, *ibid.*, 29, 6.

(4) *Ord.*, I, 118 (a. 1290) ; cf. Langlois, *Reg. de Nicolas IV*, 825.

(5) Cf. Pollock et M., I, 190 (*attorney*). *Summa Norm.*, 64 (*de attornato*).

(6) *Et. de saint Louis*, I, 106. Beaum., 4, 31 (nobles seuls : les h. de poeste ont besoin de la permission du roi ou du seigneur justicier). Religieux, clercs, femmes ont ce droit, *ibid.*, cf. 3, 9. — Mais en matière criminelle, le défendeur doit comparaître en personne. Beaum., 4, 14, 23. *Jost.*, p. 106, 132. *AC. Anjou*, 4, 317. *Olim.*, II, 228, n° 7. Guilhiermoz, *Enq.*, p. 109. Toulouse, 2, 2. *AC. Bret.*, 91. *AC. Artois*, 7, 21 ; Picardie, 14. Cap., 4, 14 ; 7, 337.

(7) Il ne la choisit pas toujours, car il ne faut pas croire qu'on plaide par plaisir ; on ne recourt d'ordinaire aux tribunaux que si on est victime d'une injustice, et, en ce cas, il est souvent urgent d'en demander réparation. Néanmoins on favorise le défendeur plutôt que le demandeur, parce que le plus sage est de maintenir le *statu quo*, tant qu'il n'est pas établi qu'il est injuste.

(8) Beaum., 2, 16 ; 3, 32 ; 4, 2. *Jost.*, p. 105. *L. d. droiz*, 1, 209. *AC. Artois*,

accordées d'abord qu'à ceux qui avaient une excuse légitime (1). Mais comme on s'aperçut qu'elles n'avaient plus de raison d'être, elles dégénérèrent en mesure fiscale (2), et au quatorzième siècle, on les concède à quiconque paye le droit de sceau. Beaucoup en avaient été dispensés de bonne heure : églises, villes, baillis, tuteurs, et on ne les exigeait pas en pays de droit écrit (3). On finit par les abolir sur les remontrances des Etats de Tours de 1484 (4). Non seulement la représentation était devenue licite, mais même on imposa aux plaideurs, dans leur intérêt, le ministère des procureurs. Par une de ces bizarreries qui ne sont pas rares dans l'histoire du droit, la formule même du vieux principe survécut pourtant : on dit toujours, même à présent : **Nul en France ne plaide par procureur hormis le roi** : il est vrai qu'elle a pris un sens bien différent de celui qu'on put lui donner tout d'abord. Les seigneurs puissants prirent l'habitude d'avoir près la Cour du roi des procureurs permanents chargés de les représenter dans tous leurs procès ; or, ceux-ci plaidaient en leur propre nom ; le Parlement l'interdit et voulut que le nom du plaideur lui-même figurât dans

9, 5. *AC, Anjou*, 2, 103. *Gr. C.*, p. 394. *Stil. Parl.*, 13. Masuer, 18. Sur la délivrance de ces lettres, cf. *Gr. G.*, p. 19, 433, 394. Bout., I, 10. Le Coq, *Quest.*, n° 86. Ord. 3 nov. 1400. Valables pour un an seulement; d'où nécessité de les renouveler en bien des cas. Beaum., 4, 10.

(1) Le *Stilus Parl.*, 13, 3, et le *Gr. C.*, p. 449, expliquent la nécessité des lettres de grâce par deux motifs aussi faux l'un que l'autre : le siège de la justice est plus honoré par la présence des parties; ce n'est que lorsque la demande est déloyale, *ung petit tricheresse*, que le demandeur craint de la présenter soi-même; le roi lui fait la grâce de *passer sa honte à un autre*. Cf. *Et. de saint Louis*, II, 8. Pasquier, *Rech.*, 2, 4. Dans ces lettres de grâce, il est facile de reconnaître le privilège royal de l'époque barbare.

(2) *Gr. C.*, p. 432. Bout., I, 10. *AC. Artois*, 2, 8, 9 *AC. Anjou*, 2, 103; 4, 74.

(3) Loysel, 374, 375, Beaum., 4, 31, *Gr. C.*, p. 432, 393. *AC. Artois*, 2, 8; 3, 32; 9, 5. Bout., I, 12. *Olim.*, t. I, 694. AC. Bourg. dans Giraud, II, 294. Langlois, *Textes s. Parl.*, n°s 46, 103. Lot, *Frais de just.* (*BCh.*, 1872). Toul., 3. Blancard, *Doc. inédits sur le Commerce de Marseille* (procurations au XIII[e] s.), *BCh.*, 1878. Fiction de représentation dans les Statuts italiens du douzième et treizième siècle.

(4) Isambert, XI, 61 (art. 17). Tentatives en 1414. Cf. *Journal* de Nic. de Baye, II, 198. Aubert, *Le Parl.*, p. 251, 355. Lot, *BCh.*, 1872, p. 592 (frais de justice, XIV[e] s.). Tanon, *Ordre du procès civ.*, p. 16. Rozière, *Ass. de Senlis*, p. 13. *R. crit.*, 1875, 638; 1876, 353. Percerou, *Nul ne plaide par procureur*, 1898 (Rev. bourguign. de l'enseign. sup.). Ord. 15 nov. 1407 : au Châtelet, les procureurs ne s'opposent plus le défaut de grâce et ne demandent plus de lettres, ce qui ne les empêche pas de les faire payer aux clients. Ord. 13 janvier 1528. Lebret, *Souver.*, 3, 10. Edit. juin 1549 (reine).

les actes de procédure et dans le jugement, et cela même avant celui du procureur; il fallait que les plus grands seigneurs n'eussent pas l'air de se soustraire à la justice du roi et la sollicitassent tout comme de simples particuliers (1). Il est clair que cette raison n'existait pas pour le roi. Elle n'existait même plus pour les seigneurs quand ils plaidaient devant leurs propres tribunaux; aussi les autorisait-on à y plaider par procureur (2).

Anciennement, le demandeur capable d'ester en justice venait en personne constituer son représentant devant les juges, en présence de la partie adverse et peut-être avec son assentiment (3). (Cf. *cognitor*.) Ce mode archaïque fut abandonné d'abord au profit de puissants seigneurs que l'on autorisa à constituer procureur par lettres authentiques adressées au juge. Pour les simples particuliers eux-mêmes, la présentation ne tarda pas à être remplacée par une procuration authentique (4) dont le juge avait à vérifier la régularité. A partir de la *litis* contestation, le procureur devenait seigneur de la cause et ne pouvait plus être révoqué; il était censé plaider pour son propre compte (5). On a vu comment la profession de procureur, de libre qu'elle était, fut réglementée par les tribunaux et transformée en office.

5. — **La vente** (6). — A. **Formation** (7). — La vente, redevenue contrat consensuel (8), fut soumise à peu près en tous

(1) C'est là l'explication courante; elle est peu satisfaisante.

(2) Loysel, 861 (bibl.). Cf. Toulouse, 3.

(3) Beaum., 4, 17, 18, 20 (villes). *AC. Anjou*, 2, 102 (sociétés). *L. d. droiz.* nos 802, 846, 975 (église). Procureurs pensionnaires des grands, des villes, des communautés. Aubert, *Hist. du Part.*, p. 255 et suiv. Bout., I, 6, 10. Toul., *ib.*

(4) *Procuratorium*. Beaum., c. 4. Bout., I, 10 (modèles : très prolixes). Giraud, *Essai*, II, 152. Mazure, *Fors de Béarn*, p. 247. Varin, *Arch. lég. de Reims*, I, p. 96. Procuration générale, spéciale (suivant les cas, par exemple transiger, compromettre, Beaum., 4, 30, 36. *AC. Anjou*, 2, 101 et suiv.; 4, 80, 317, et les époques). *Et. de S. L.*, 1, 107; II, 109.

(5) *Gr. C.*, p. 397, 419, 433. Bout., I, 10, 107. Masuer, 4, 13. *L. d. dr.*, I, 213. *AC. Anjou*, 4, p. 395. *Const. du Chât.*, 71 (mort du mendiant).

(6) Ci-dessus, Transfert de propriété, p. 306, t. II; Retraits, p. 370, t. II. Cf. écrits des romanistes (p. ex. *Tract. univ. j.*, t. 6, 7, 8). **X**, 3, 17 (et comm.). Bout., I, 67. Masuer, 23. Pothier, *Tr. de la Vente*, 1762. Pertile, IV, 554. Glasson, VII, 613. Viollet, 604. Endemann, *op. cit.*, t. 2. Dareste, 6, 32, 86.

(7) Ventes par autorité de justice (ordonnées par la justice et effectuées sous son contrôle) : *encan* (meubles saisis), *licitation* d'immeubles impartageables, *décret* ou adjudication sur décret d'immeubles saisis, vente en justice des biens immobiliers des mineurs.

(8) Sur la nécessité de l'acte notarié pour les ventes immobilières, ci-des-

points aux règles romaines. Notre ancien droit admet cependant que la vente de la chose d'autrui n'est pas licite (1) et que les risques sont pour le propriétaire et non pour le créancier (2); c'est, du moins, au milieu des discussions, la tendance qui se dégage, et il est à remarquer qu'elle est en harmonie avec le régime primitif d'après lequel la vente se formait *re*. Les variations du droit au sujet de la formation des contrats expliquent aussi peut-être les controverses classiques sur la **promesse de vente** (3). Les uns, comme Decius, ne firent résulter de la promesse unilatérale de vendre acceptée par l'acheteur qu'une obligation de faire; le promettant n'était condamné qu'à des dommages-intérêts quand il refusait d'exécuter la vente; les autres, tels que Jason, en faisaient découler une obligation de donner et permettaient à l'acheteur de se faire livrer la chose promise. Même controverse au sujet de la promesse synallagmatique de vendre et acheter; selon Jason, autre chose était vendre, autre chose promettre de vendre; la promesse n'entraînait pas le transfert de la propriété; elle ne mettait pas les risques à la charge de celui qui avait promis d'acheter; avec Alexandre, Dumoulin soutint que la promesse de vente valait vente du moment où tous les éléments du contrat se trouvaient réunis, accord des parties, objet certain, prix déterminé; cependant il distinguait la promesse *de praesenti* et la promesse *de futuro;* faite pour l'avenir, elle n'entraînait pas d'obligation actuelle; les lods et ventes n'étaient pas dus; en cas d'inexécution, il y avait à payer des dommages-intérêts; le vendeur, en insérant un terme dans la promesse, se réservait le droit de disposer de la chose et l'acheteur n'en courait pas les risques. La doctrine de Dumoulin prévalut dans la pratique française.

B. **Effets.** — Au vendeur incombe l'obligation de délivrance et de garantie, à l'acheteur celle de payer le prix (4). Les anciens

sus, p. 340, t. II. Sur la publicité de la vente (Italie). Pertile, IV, 555. Salvioli, *Pubblicita n. vend.*, 1895. — Jagemann, *Daraufgabe* (arrhes), 1873.

(1) Cf. Paul, 2, 17, 1 (*L. rom. Cur.*). *Wis.*, 5, 4, 8. *Bai.*, 15. Caillet, cité par Pothier, n° 48. Denisart, v° *Gar.* Beaum., 34, 3, 9, 55. — *AC. Anjou*, t. 2, p. 234, 507. Bout., I, 27, 48. Argou, 3, 23. Domat, 1, 2, 4, 13. Origine de cette idée dans le dr. canon. Endemann, 2, 24, 82, 87. Kohler, *Abh.*, 224. Dar., 96.

(2) Glanville, 10, 14.

(3) Aubépin, *R. crit. de lég.*, 1859, 177, 399. Texereau, Thèse, 1899.

(4) Tarifs pour le prix des denrées. Capit. 794, c. 4 (I, 74), etc. Pertile,

auteurs subordonnent le transfert de la propriété de la chose vendue au paiement du prix (1); pratiquement cela signifie que le vendeur a un privilège sur les immeubles vendus; il en a un sur les meubles également, mais seulement tant qu'ils sont entre les mains du débiteur; s'il y a eu vente au comptant, on lui donne même le droit de revendiquer dans un bref délai ces meubles entre les mains des tiers et de les retenir jusqu'à ce qu'il soit payé (2); c'est là ce qui reste de la règle romaine. — La garantie (3) est due pour les vices cachés et pour l'éviction. Les vices cachés ne permettaient autrefois aucun recours en garantie; tant pis pour l'acheteur qui ne les a pas aperçus. Mais la garantie fut stipulée dans les actes et sous-entendue ensuite pour les défauts les plus graves, ce qui fit qu'on y vit alors une conséquence naturelle de la vente. La matière fut réglementée par les Coutumes, surtout à propos du commerce du bétail (4).

C. **Garantie à raison de l'éviction** (5). — Dès le très ancien

IV, 566. Sur le juste prix des théologiens, cf. Endemann, II, 29. Ashley, I, 164. Garnier, Thèse, 1900. Polier, Thèse, 1903. Rescision pour lésion énorme (sauf dans les ventes judiciaires qui ont lieu pourtant à bas prix très souvent; elles sont nécessaires). L. 7-11 sept. 1790 : suppression de la chancellerie, et, partant, des lettres de rescision. D. 14 fruct. an III : abolition de la rescision pour lésion (à cause des variations énormes dans le prix des immeubles). L. 3 germ. an V, et L. 19 flor. an VI (transitoires). L. 2 prair. an VII : pas de rescision pour lésion des ventes de biens nationaux, même payés en assignats. Sagnac, p. 202. Thamasius avait critiqué cette institution.

(1) Loysel, 407, 408 (contradiction qui s'explique par l'histoire de la formation de la vente). Argou, 3, 23, reproduit les idées romaines. Beaum., 34, 59; 35, 20; 24, 28. *Jost.*, 328. Toulouse, 98, 99. Bout., I, 67. Pertile, IV, 568. Desm., 195. Cf. Paris, 177. Orl. 458. Pothier, n° 322. Ferrière, *s. Paris.* Serres, *Inst.*, 2, 1, 41 (hypothèque spéciale et privilégiée sur les immeubles). Ci-dessus, p. 234, 341, n. 4, t. II.

(2) Paris, *AC*, 194; *NC*, 176. Orl. 458. Dumoulin, *s. Paris.* La vente n'était pas résolue pour cela. Cf. Naz, Thèse, 1870. Serres, *loc. cit.*, ne parle pas de ce droit de rétention.

(3) Du Cange, v^is^ *Garens*, *Waranthus*, etc. Prov., *guiren*. Etym. allem. : *weren* = défendre. Grimm., *RA*, 603. Brunner, II, 501. Cf. ci-dessus, *Gewere*, p. 250, t. II. *L. Rib.*, 33, 4 : *fordro* (litt. prédécesseur). — Roisin, p. 145 : garantie due par le châtelain à ses hommes cités devant les échevins.

(4) *L. Bai.*, 16, 9. Loysel, 418 et suiv. Glanville, 10, 14. Ass. de Jér., *C. des B.*, 34 et suiv. (esclaves). Pertile, IV, 561. Chaisemartin, p. 271. Stobbe, § 185. Huber, IV, 854. — Strykius, *de vitiis rer. ven.*, 1709.

(5) Ci-dessus, p. 220, t. II (bibl.), 239, t. II. Brunner, *DRG*, II, 515. Schrœder, p. 374 et suiv., 755. Pollock et M., II, 162, 659. Pertile, IV, 249, 558. Glasson, VII, 618. Schwalbach, *Civilproc. d. Paris. Parl.*, § 10. Aubert, *Hist. du Parl.*, 2,

droit, le vendeur dut se voir obligé de défendre l'acheteur contre quiconque voulait l'évincer de la chose vendue (1); si, par sa faute, celui-ci ne la conservait pas, il avait à lui payer une composition, car il s'était rendu coupable d'un délit à son égard et sa responsabilité était d'autant plus grande que le tiers revendiquant agissait lui-même *ex delicto* (2). Il n'est pas rare néanmoins que la garantie soit stipulée (3) : elle devient aussi conventionnelle ; on précise mieux les cas où elle est due ; on ne permet pas au vendeur de se retrancher derrière l'idée qu'il a cédé tous les droits qu'il avait et qu'on ne doit lui demander compte de rien de plus; enfin le chiffre de l'amende est fixé d'avance. C'est par cette voie que l'obligation délictuelle est devenue une obligation civile en dommages-intérêts, en vertu d'une convention sous-entendue dans tout contrat de vente. L'évolution en ce sens s'est accomplie durant l'époque franque: on trouve cependant à l'époque féodale des traces de la conception primitive. — Celle-ci repose essentiellement sur l'idée que le recours en garantie a lieu à l'occasion d'une action pénale dirigée contre l'acheteur. On l'accuse d'un délit; il répond en appelant son auteur (4), son garant (*vocare warantum*) (5). Un délai lui est accordé pour l'amener devant le juge (6); c'est le *jour de garant*

67. Cf. dr. romain. Girard, *Manuel*, p. 550. — Syst. de légalité des aliénations immobilières supprimant la garantie. Ci-contre, p. 316, t. II et suiv. ZSS, 1896, 154.

(1) Cf. *Stellionnat* romain. D., 47, 20, 3, 1. Ferrière, *h. v°*.

(2) *Bai.*, 15, 4, 12; 17. 2. *Sal.*, 47, 2. *Roth.*, 231. *Rib.*, 59, 6; 72, 6, 7 (*cinu werduinia?* Brunner, II, 504). Lœning, *Vertragsbr.*, 107.

(3) Thévenin, *Textes*, Index, p. 262. Huber, IV, 853, 13. Sur la peine du double, cf. Pertile, IV, 558. Milan. 9. Lattes, *Dir. consuet. lomb.* p. 208. (*guadia fidejussores*). Droit grec, garants fournis par le vendeur, Beauchet, *op. cit.*, IV, 138. *Const. du Chât.*, 51, 67. Dareste, p. 13, 46.

(4) Autre système : le détenteur conduit le plaignant à son garant. *Roth.*, 231 (et form.). Cf. *Aethelr.*, 2, 8, 9. Ancien dr. russe.

(5) Glanville, 3, 1; 10, 15. Bracton, f. 257, 380. *Stil. Parl.*, 12. Masuer, 2, Imbert, I, 20. Bout., I, 33. *Gr. C.*, 3, 16. Desm., 140, 354. *Cout. not.*, 67, 114.

(6) *Rib.*, 33. *F. Andec.*, 47. Thévenin. n° 114 (40 nuits). — Le garant peut-il lui-même appeler en cause son propre garant? Le droit franc ne limite pas les recours en garantie, tandis que le droit scandinave et le droit lombard veulent qu'on s'arrête au troisième garant, en lui permettant d'échapper aux suites du vol par la restitution de la chose et en jurant qu'il l'a achetée. *Sal.*, 39, 47. *Rib.*, 58, 72. *Burg.*, 83. *Bai., loc. cit. Wis.*, 7, 2, 8; 5, 4, 8. *Roth.*, 231. Otton I^er^. 7 (form.). Ina, 58. — Trois garants seulement d'ap. *Gr. C. Norm.*, 50. *AC. Bourg.*, 83. Amiens, 32. Sept, *Et. de saint Louis*, I, 91. *L. d. droiz*, n° 109. Recours indéfini en droit saxon. Laband, *Verm. Kl.*, p. 126.

(*dilatio garendi*) de l'époque féodale (1). A l'ajournement effectué par le demandeur lui-même se substitua alors l'assignation par un officier public ; c'est aussi ce qui eut lieu en matière de garantie (2). — 1° *Le garant ne comparaît pas.* En général, qui ne trouve pas son garant perd sa cause. *Qui tire à garant et garant n'a, (a) sa cause perdue*, dit encore Loysel, 499. Quelques lois barbares montrent pourtant moins de rigueur et lui permettent de se disculper par le serment avec cojureurs (3). A plus forte raison le droit postérieur est-il plus indulgent encore et lui permet-il de soutenir le procès (4). — 2° *Le garant comparaît.* — *a*) Il reconnaît sa qualité de garant. En ce cas il doit prendre la place de l'accusé et plaider, non pas au nom de celui-ci, mais en son propre nom ; l'accusé est mis hors de cause *ipso facto* et l'accusation retombe sur le garant (5). Cette règle, qui a persisté à travers tout l'ancien droit (6), tient au caractère criminel de l'ancienne procédure. Elle s'atténua, lorsque la garantie se

(1) Beaum., 34, 44. *Et. de saint Louis*, I, 31. *AC. Anjou*, t. I, p. 122. Ass. de Jér., *C. des B.*, 250. *M. de Souabe*, 2, 93 — La garantie fut d'abord limitée à l'an et jour, car au bout de ce laps de temps l'acheteur avait une situation inattaquable. *Const. Chât.*, 83, 51. L. de Beaumont, 37. Ass. de Jér., *Abrégé des C. des B.*, 22. J. d'Ibelin, 80 et suiv., 112, 132 ; Ph. de Navarre, 80. Cf. *L. d. dr.*, 569. Mais on peut stipuler la garantie à toujours (XIV^e^ s.) et l'on finit par se passer de cette convention spéciale. — Durée du délai de garant : 8 jours, si le garant réside dans le ressort. Us. d'Amiens, 49. Laroque-Timbaud, 20. Delisle, *Jug. de l'Echiq.*, n° 168 ; — arbitraire, *Et. de saint Louis*, 2, 27. Beaum., 34, 64, 65. Bayonne, 102, 1. *AC. Bourg.*, 14. Delisle, *op. cit.*, n° 280. *Gr. C.*, 412.

(2) Ass. de Jér., *C. des B.*, 250. *Gr. C. Norm.*, 50. Beaum., 34, 44. Bord., 208. Us. d'Amiens, 49.

(3) Jobbé-Duval, p. 62. *Sal.*, 47. *Rib.*, 33, 75. *Roth.*, 231. *Wis.*, 7, 2, 8. *Bai.*, 9, 7. Bordeaux, 15. Us. d'Amiens, 49. Mort du garant, *Sal. extrav.*, 7 (le détenteur n'encourt pas de peine). *Roth.*, 231 (héritiers).

(4) Beaum , 37, 3. *Stil. Parl.*, 12, 2 : réserve du droit de se défendre supprimée par l'Ord. déc. 1363, 5.

(5) S'il s'agit d'un meuble, il lui est remis. Ci-dessus, p. 227, t. II. *Rib.*, 33, 3 : 72, 6. Jobbé-Duval, p. 65. Cf. *Roth.*, 232. *Burg.*, 83, 2. *Sachsensp.*, 1, 53, 2 ; 3, 83, 3. *Firmatio*, *Bai.*, 15, 12. Brunner, II, 516. Glose, *s. Roth.*, 231 : *Langobardus semper dat auctorem et numquam stat loco auctoris, at Romanus semper stat loco auctoris et numquam auctorem dat.* Pertile, IV, 252 et suiv. — Les *Et. de saint Louis* ne parlent de la garantie qu'en matière mobilière, le *Stil. Parl.* que pour les immeubles, et la refuse *in casu novitatis*, 18, 2. Bout., I, 33. *Gr. C.*, 3, 16. — Günder, *Laud. auctoris*, 1883. Pas de représentation.

(6) Beaum., 34, 45. *Et. de saint Louis*, 1, 95 ; 2, 17. *Jost.*, 19, 36, 6. Bord., 18. F. de Morlaas, 64, 224. Ass. de Jér., *C. des B.*, 247. *AC. Bourg.*, 14. Bout., 1, 33.

présenta sous l'aspect d'une instance civile; l'acheteur ne fut mis hors de cause que s'il le requérait (1); mais il subsista toujours, dans la *garantie formelle* (2), l'obligation pour le garant de prendre fait et cause pour le garanti et non pas seulement d'intervenir pour lui, comme dans la *garantie simple* (3). — *b*) Le garant ne se reconnaît pas tenu de la garantie; il prétend n'avoir pas vendu la chose litigieuse (4). L'équité voudrait que cette nouvelle question fît l'objet d'un débat particulier à la suite duquel le garant serait déclaré irresponsable ou mis dans la nécessité de défendre l'acheteur. C'est bien ce qui a lieu au treizième siècle (5) et dans la suite: mais le très ancien droit redoutait que ce recours en garantie ne fût une chicane destinée à retarder la solution du procès principal et peut-être à faire échapper le coupable à la peine encourue; l'acheteur subissait le même traitement que dans le cas où le garant qu'il avait annoncé ne se présentait point. — L'Ordonnance de 1667, 8, 1 (6), réglementa définitivement la matière de la garantie (7).

D. **Résolution de la vente** (8) (et des autres contrats synallagmatiques) pour inexécution par une des parties (9). Le

(1) Avant la contestation en cause.

(2) Masuer, p. 41. Imbert, p. 137 (*requesta formalis* adressée au garant). Cf. sur la revendication contre un fermier, Schwalbach, p. 57. C. Civ., 1727.

(3) Ci-contre, Cautionnement. Garantie en mat. de délits. *Stil. Parl.*, 12, 18 et suiv. Masuer, 2, 11, 19. *Gr. C.*, 3, 16.

(4) Loysel, 410 (vente par force; garantir convient, puis après plaider de la force).

(5) Beaum., 34, 44; 63, 8. Ass. de Jér., *C. des B.*, 246, 250. J. d'Ibelin, 131. Si la vente n'est pas établie, le détenteur est condamné. Loysel, 699. Cf. cep. Beaum., 37, 3. *Et. de saint Louis*, 2, 17.

(6) Voy. commentateurs de cette Ord. Berthelot, *Evictions*, 1781. Isambert, Table, v° *Garantie* (Ord. 1559, 18, etc.).

(7) *Garantie principale* ou action principale, distincte, dirigée contre le garant à la suite de l'éviction; *garantie incidente* ou procès en garantie greffé sur l'instance principale, de façon à régler en même temps les droits des tiers et ceux du garant. Sur les dangers de la garantie principale, cf. P. de F., 15, 10. Beaum., 34, 11, Bout., I, 33, 8. Ces jurisconsultes paraissent refuser tout recours au garanti coupable de plaid celé. — Garantie en mat. de cession de créances, Jousse. *s. Ord. civ.*, 8, 1. — En général, l'exercice du retrait ne peut donner lieu à garantie, puisque l'acheteur évincé doit être indemnisé par le retrayant. F. de Béarn, *r. de contr.*, 22. P. de la Janès, II, 245. Cf. cep. dans des cas exceptionnels, *Const. Chât.*, 51, 67, 86. Tailliar, *Rec. d'actes*, p. 341.

(8) Cf. remere, révocation des donations, etc. Naz, *Résolut. de la vente*, Thèse, 1870.

(9) Infamie, perte du profit de l'acte, du montant de la clause, pénale

droit romain ne considérait pas la vente comme résolue par défaut de paiement du prix (1), à moins de clause spéciale (*lex commissoria*, pacte commissoire) (2). Comme cette clause était d'usage courant dans les actes, notre ancien droit le sous-entendit ; il alla même plus loin et, s'appuyant sur les textes romains relatifs aux contrats innomés (3), il permit aux parties, dans tout contrat synallagmatique, de demander aux tribunaux (4) la résolution du contrat si l'une d'elles, par sa faute, n'exécutait pas son engagement (5). — En pareil cas, la propriété faisait retour de plein droit à l'aliénateur (6). Les droits réels constitués par l'acquéreur au profit des tiers auraient dû tomber, en vertu de la maxime : *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*. Mais on distingua : 1° la résolution est pleinement rétroactive quand elle a lieu *ex causa antiqua et necessaria ;* 2° les droits des tiers subsistent au cas où elle s'opère *ex causa nova et voluntaria* (7), c'est-à-dire en vertu d'un fait volontaire de la part de l'acquéreur, car il ne peut pas dépendre de lui de dépouiller ses ayants-cause et de revenir sur ses engagements. Très belle théorie, dit Loyseau, qui en est partisan comme la plupart de nos anciens auteurs, mais sur l'application

d'après la loi *Si quis major* d'Arcadius, Cod. Théod., 2, 9, 3, que les doc. de l'époque barbare associent à la Stipul. aquilienne. Paul, *Sent.*, 1, 1, 3. Petrus, 4, 27. Thévenin, *Textes*, p. 260. Peines canoniques.

(1) L'unique droit du vendeur était de se refuser à livrer la chose vendue, tant que l'acheteur ne la payait pas (exception *non adimpleti contractus*).

(2) Dans le Midi, nécessité du pacte commissoire et résolution de plein droit. Tendance à écarter la commise de l'emphytéote pour défaut de payement du canon. Gui Pape, 111. Despeisses, *Dr. seign.*, 4, 5, 14.

(3) Cf. aussi droit canon (analyse dans Naz, p. 145).

(4) Peines canoniques, et, par suite, nécessité d'une sentence. Les juges s'assurent que l'inexécution provient d'une faute.

(5) Dumoulin, *Var. Quaest., d. v. o.*, n^os^ 58 et suiv. Pothier, *Vente*, n° 475. Domat, 1, 2, 12, 13. Ferrière, v° *Pacte com.* — Beaum. 24, 28. *TAC. Bret.*, 326.

(6) Gavet, Thèse, 1879.

(7) Résolution *ex tunc* ou *ex nunc*. L. 3, Dig., *quib. mod. pig.* Loyseau, *Déguerp.*, 4, 3, 6. Dumoulin, s. Paris, 1, 33, 1, 57. Intérêt, not. au point de vue des profits seigneuriaux (dr. de mutation). Maintien des actes d'administration (baux). Dumoulin, *Reg. cancell.*, n° 180. Coquille, *Quest.*, *t.* 2, p. 143 Pothier, *Fiefs*, n° 291, 330. (*Emptor non tenetur stare colono*). Cf. ci-dessus, p. 244, t. II. Fruits, controv. Ci-dessus, p. 243, t. II. — Cf. distinction des glossateurs entre les *verba directa* (retour de plein droit de la propriété) et les *verba obliqua* (rétrocession nécessaire), abandonnée au seizième siècle; entre la résolution *ipso jure* et *per sententiam* (moins importante).

de laquelle on discutait beaucoup. C'est Bartole qui l'imagina.

6. — **Sociétés civiles et commerciales.** — A° Les **Compagnies** (1), associations, communautés, sociétés de l'ancien droit furent construites sur le type des communautés de famille (2). Telles, en particulier, ces **Communautés taisibles** de roturiers ou de serfs (3), si connues par la description qu'en fait Guy Coquille, au seizième siècle, dans son Commentaire de la Coutume du Nivernais, mais qui sont beaucoup plus anciennes, car, bien avant lui, Beaumanoir y fait allusion, en exposant comment elles se forment : « *Compaignie se fet,* » dit-il, 21, 5. « *pour seulement manoir ensemble a un pain et a un pot I an et I jour puis que li mueble de l'un et de l'autre sont mellé ensemble.* » La vie commune fut, en effet, l'unique condition requise tout d'abord pour que la compagnie existât : qu'ils le voulussent ou non, qu'ils fussent parents ou non (4), les cohabitants se trouvaient associés : mais Beaumanoir constate qu'en séparant leur mobilier, ils pouvaient éviter ce résultat : c'est là un expédient bien peu dans l'esprit de l'ancien droit, car il est à peu près impossible de cohabiter un an sans que quelques meubles se confondent. Les propres qui n'étaient pas sujets à confusion, restaient en dehors de la société ; au contraire, les meubles et les acquêts y tombaient. En règle générale, la Communauté avait, comme la famille, un chef chargé de l'administrer et dont les pouvoirs rappellent ceux du chef de famille. Ce maître ou *chef de chanteau*, le plus âgé des compagnons, est tacitement élu en qualité de doyen, ou bien c'est un associé qu'on désigne expressément. Il administre la communauté au dedans et la représente au dehors ; il a des pouvoirs étendus et oblige ses parsonniers ès choses mobilières, quand il contracte pour le fait de la société. Pour les affaires importantes comme l'achat d'immeubles, il consulte ses communs : « eux tous vivant

(1) *Cum-panis* (compainz, compagnon). Diez, *h. v°*. Du Cange, v° *Companium*, etc. On dit encore C^ie^ de Jésus, C^ies^ de ch. de fer, etc.

(2) Gierke, *Genossenschaftsrecht*, 1881. Ashley, I, 86; II, 79 (métiers).

(3) Cf. Les communautés serviles ; Époque féodale, t. II. Coutumes dans la *Confér.* de Guenois, 1, 599. Masuer, 28, 14. Lebrun, *Communauté*, 709. Guyot, *h. v°*. Viollet, 751. Glasson, 7, 639. Thèse : Larcher, 1875. Boucomont, Lassarre, Mohler, etc. — Cf. *consortium* à Rome. Poisnel. *NRH*, 3, 431. Girard, p. 570. Athènes, Beauchet, 4, 340.

(4) Communautés entre frères, parents : Mont-de-Marsan, *sociétés. AC. Bord.*, 44, etc.; gendres et beaux-pères, Niv., 23.

d'un pain, couchans sous une couverture, et se voyant tous les jours, il est mal avisé ou trop superbe, » s'il ne les leur communique pas. Ce groupe artificiel se perpétue comme le groupe naturel de la famille « par subrogation des personnes qui y naissent ou sont appelées d'ailleurs ; » au décès d'un associé il n'y a point de partage du fonds commun ; ses parents étrangers à la communauté n'ont pas le droit de réclamer la part indivise qui lui reviendrait. La dissolution de la communauté se produit d'ordinaire par le fait des associés de vivre à part : *le chanteau part le vilain ; le feu, le sel et le pain partent l'homme mortemain.* On a déjà vu pour quelles raisons ces associations se firent rares à la fin de l'Ancien Régime. Déjà elles sont suspectes à Beaumanoir : il les juge fort périlleuses et déclare que beaucoup de gens furent déçus par elles ; le riche qui recueille son parent pauvre *pour cause de pitié* se voit réclamer la moitié de son mobilier, et tel qu'il est arrivé n'ayant pas 40 sols vaillant se retire emportant 200 livres. Au seizième siècle, elles sont encore nombreuses, mais la défaveur augmente, comme l'attestent les règles de Loysel, 378 et suiv. : *Un parti, tout est parti* (1) (ce qui rend la société bien fragile, tandis qu'autrefois le départ d'un associé ne devait pas avoir plus d'effet que l'éloignement d'un membre de la famille), *Qui a compagnon a maître, De bien commun on ne fait pas monceau.* La jurisprudence leur est hostile et les Ordonnances exigent un acte écrit pour établir l'existence de toute société (2).

B° **Sociétés commerciales** (3). — Elles ont une histoire très

(1) Sauf, dit Guy Coquille, si c'est un homme mal gisant et fâcheux.

(2) Ord. Moulins, 54 (100 livres) ; 1667, 22, 2 ; 1673, 4, 1. C. civ., 1834, 1837 (défense pour biens à venir). Cf. Code de la Convention, 5, 2, 22. Orl., 217. — Disc. dans Lebrun, Ragueau, *op. cit.*

(3) Bibl. des anciens auteurs sur le droit commercial, en général, dans Camus et Dupin, p. 425 : Italiens, par exemple Scaccia, Straccha, Ansaldus, Casaregis, etc. ; Français, par exemple Savary, *Parfait négociant*, I, 297 ; Jousse, s. Ord. 1673 ; Guyot, v° *Soc.* ; Pothier, *Contr. de Soc.*, 1765. *Add.* Romanistes, par exemple *Tract. univ. jur.*, t. 6 et s., *Siete part.*, 5, 11 (notes de Greg. Lopez), etc. — Frémery, *Etudes*, 1833. Troplong, *Sociétés*, préf., 1843. Frignet, *Hist. de l'assoc. comm.*, 1868. Beaune, *Contrats*, p. 570. Viollet, 749. Glasson, 7, 639. — Endemann, 1, 341. Goldschmidt*, *Handb. d. Handelsr.*, t. I, Universalg. d. Handelsr., p. 254 (bibl. et textes). Adler, *Entwick. u. Dogm. d. Gesellschaftsr.*, 1895. Fagniez, *Docum. rel. à l'hist. de l'industrie et du comm.*, t. 1 et 2 (1900) (en partic. assoc. de commerce à Toulouse). Weber, *Z. Gesch. d. Handelsgesellsch im. M. A.* (Midi), 1889

complexe, très discutée ; l'abrégé succinct que nous en donnons, ne contient que des indications. A la différence du droit romain, notre ancien droit considère l'apport des associés comme formant une masse affectée au payement des créanciers de la société, à l'exclusion des créanciers personnels des associés (1). Faut-il en conclure avec Straccha que les sociétés de commerce forment un *corpus mysticum* et traduire cette expression en disant qu'elles constituent des personnes morales ? Scaccia, Emérigon se prononcent dans ce sens. Il n'est pas bien certain pourtant que l'idée de la personnalité civile des sociétés de commerce se soit imposée à l'ancien droit dans ses autres conséquences (2). Peut-être la particularité que nous avons relevée s'explique-t-elle par une sorte d'engagement tacite au profit des créanciers sociaux.

1° La **Société en nom collectif** (3) se rapproche de l'indivision ; les associés y sont tenus solidairement et indéfiniment des dettes sociales. Ils agissent tous ensemble, participent tous aux actes sociaux : ou bien, pour plus de simplicité, l'un d'entre eux agit comme *institor* pour le compte de la société, au nom collectif de tous ses membres ; il a le droit de les engager, sans les avoir réunis et consultés ; il signe de son nom et des leurs ; cette signature ou *raison sociale* dut être abrégée quand le nombre des associés était trop grand ; on dit *Un tel et C*ie ; Bartole constate déjà que la formule *Titius et socii* était ancienne de son temps et que son emploi avait pour effet d'entraîner l'obligation solidaire de tous les associés, même de ceux qui n'y étaient pas dénommés ; cela, sans doute, pour la bonne raison que leurs noms y sont virtuellement compris (4). Si la

Arch. giur., 62, 103. Schmidt, *Handelsgesellsch.*, 1883 (*Unters.* de Gierke). Solmi, *Arch. giur.*, 1899 (*Per la stor. d. associaz. n. allo medio evo*).

(1) Textes cités par Adler, *op. cit.*

(2) Ci-après, Personnes morales. La personnalité dont il n'est question ni dans l'Ord. 1673 ni dans ses commentaires, apparaît dans les Sociétés par actions à titre de privilège. Isambert, 17, 319 (a. 1656) ; 28, 19 (a. 1785). — *Dec. Rot. Gen.*, 7, 9, 10 ; 4, 13. Scaccia, *Qu.*, 450. Emérigon, *Assur.*, I, 324. Casaregis, t. III, p. 156. Vighi, *Person. giur. d. soc. com.*, 1900.

(3) *Cart. de N.-D. de Paris*, III, 18. Beaum., c. 21. *Olim*, Ind., v° *Societas ;* par exemple III, 124, 14 (a. 1303) ; 766, 52 (a. 1312) ; 917, 78 (a. 1314). *Ord.*, IV, 421. P. de Font., 12, 2. Bout., I, 58. Masuer, t. 28 (des associations). Ord. 1673, 4. — Weber, *Entwick d. Solidarhaftprinzips u. des Sondervermög d. Handelsg.*, 1889. Adler, *op. cit.*

(4) Goldschmidt, p. 243 (*nome, dita, firma*), 273. Balde, *Cons.*, 2, 191, n. 2 ; *ex consuetudine mercatorum unus scribit nomen alterius.*

société a un nom à elle, c'est qu'elle a une personnalité distincte, indépendante de celle des associés ; ou tout au moins, si l'on ne va pas jusque-là et que l'on conçoive qu'un nom puisse être donné à un faisceau d'intérêts, il est difficile de ne pas reconnaître que la tendance de la société à constituer une personne civile s'accuse dans ce fait. Fréquemment, surtout pour plaider, les associés en non collectif, au lieu d'agir eux-mêmes, ont un mandataire investi du pouvoir d'user de la raison sociale.

2° La **Société en commandite** (1), ainsi appelée du mot *commendare*, confier, prêter (2), apparentée au bail à cheptel, au prêt de la grosse, au prêt de pacotille, bien reconnaissable dans le commerce de mer sur la Méditerranée, au dixième siècle, mais ayant des précédents dans les législations de l'antiquité (3). tient du prêt et de la société. Elle suppose, comme le prêt, qu'un capitaliste fournit des valeurs à un tiers et que ce tiers en tire parti à son gré (en vue du but fixé par l'acte de société) ; dès lors, ce tiers est seul connu du public et le capitaliste n'est responsable que jusqu'à concurrence de son apport, ainsi que le serait un prêteur (4). A d'autres égards, la commandite se rapproche de la société ; les bénéfices se partagent, les pertes sont supportées par le commanditaire et le bailleur de fonds ; l'un risque son travail et sa fortune, l'autre est exposé à ne pas recouvrer son capital (comme tout prêteur *ad risicum maris*). C'est par ce côté que l'acte échappa à la prohibition du prêt à intérêt, au moyen âge, et qu'il a pu se développer par la suite. L'Ordonnance de 1673 accentua le caractère de société de la commandite en obligeant de rendre public l'acte de société.

3° Le nom de **Société anonyme**, donné à la commandite, s'appliquait également à une autre société occulte, le *compte en participation*, faite d'ordinaire pour une seule affaire ; cette

(1) Frémery, *op. cit.* Silberschmidt, *Commenda*, 1884. Kohler, *Commenda in islam R.*, 1885. (cf. *R. crit. d'hist.*, 1886, 383). Viollet, p. 762. Goldschmidt*, p. 254.

(2) Cf. Recommandation, Commende, t. I. *L. Wis.*, Index, v° *Commendare*. Du Cange, *h. v°*. Ragueau, v° *comm. de bétail*.

(3) Textes dans Goldschmidt. Cf. Ass. de Jér., *C. des B.*, 111. St. de Marseille (XIII° s.), 3, 19. Saleilles, *Hist. des sociétés de commerce* (*Ann. de dr. comm.*, 1895) Speck, *Handelsges. d. Alterthums*, 1900.

(4) Ce qui a beaucoup contribué à introduire l'idée d'une responsabilité limitée à l'apport est justement la prohibition du prêt à intérêt ; le capitaliste ne pouvant prêter, s'associe, mais ne veut pas courir plus de risques que s'il prêtait.

affaire est propre à celui qui agit, mais après coup il partage avec ses associés les profits et pertes. Ces sociétés n'ont pas de raison sociale, pas de nom : elles ne constituent pas des personnes civiles.

4° Les **Sociétés par actions** ou plutôt **Compagnies** (1), établies dans le but d'exploiter les colonies, dotées de privilèges spéciaux et autorisées par la puissance publique (partant son œuvre plutôt que celle des particuliers) se modelèrent sur les grandes banques de la fin du moyen âge (2). Comme dans celles-ci, le capital s'y divisa en parts cessibles ou actions et la responsabilité de chaque associé fut limitée à son apport. Vraies sociétés de capitaux, comme on dit, puisque la personnalité des associés est indifférente et qu'il n'y a pas de responsabilité personnelle à leur charge, opposées de tout point aux sociétés *intuitu personae*, aux *consortia* ou *fraternitates* du très ancien droit.

7. — **Contrats divers.** — Romanistes, Théologiens et Canonistes les étudient; il en est question dans les Institutes de droit français, recueils d'arrêts, Dict. de droit, etc. Camus et Dupin, n°s 1157 et suiv., 1637 et suiv. Isambert, Table. Glasson, t. 7. Recueils d'usages locaux de chaque département.

Louage de maisons. Beaum., 38. Canonistes, sur **X**, 17. Loysel, n°s 472 et suiv. Pothier, 1764. Stobbe, § 186. Sur les droits du bailleur, ci-après, Exécution. Cf. Rentes. — ZSS. *GA*, 1880, 190. Pertile, § 1*1. Sous-location, cession de bail. Pothier, *Louage*, n° 280. Ferrière, s. 162, Paris.

Baux à ferme et contrats agricoles. Cf. l'Emphytéose, la précaire et la Censive, t. I et p. 354, t. II et suiv. Esmein, *NRH*, 1885, 1. Brunner, *Forsch.*, 661 (ZSS, 1885, *GA*, 69). Hôtes, cf. t. I. Colonies agricoles (aprision, ci-dessus, p. 288, t. II; *add.* Imbart de Latour, *Mélanges P. Fabre*, 1902). Chapelard, Thèse, 1900 (bail à cheptel) : *id.*, Beucher, 1899. Planiol, *Dr. civil*, 2, 565; *ib.*, p. 563, bail à dom. congéable. Poudry, *Th.*, 1899. Pasquier, *Inst.*, p. 710. Sur le mé-

(1) Bonassieux, *Les grandes Compagnies de commerce*, 1892. — *Monte, maona* en Italie; banque de Saint-Georges à Gênes, quinzième siècle; C^ie^ angl. des Indes Or., 1599, etc. Par la suite, autres entreprises : mines, canaux, fermes, voitures publiques, armement de navires, etc. Isambert, Table, *h. v°*. — Lescœur, *Soc. anon.*, 1877. Viollet, p. 766. Goldschmidt, p. 290. Lehmann, *Aktiengesellsch.*, 1898. C. de Wiart, *Les Comp. coton. angl.*, 1900. Lehmann, *Gesch. u. Entwick. d. Aktienr.*, 1895.

(2) Systèmes divers sur l'origine de ces sociétés. Cf. sociétés de publicains à Rome (auxquelles le principe de la responsabilité limitée est étranger). Goldschmidt les rattache aux sociétés italiennes pour la ferme des impôts au moyen âge, sociétés qui eurent besoin de mettre en commun des capitaux et qui les divisèrent en *partes, loca*, à l'imitation de ce qui se passait quand les Etats empruntaient à des particuliers en cas de pressantes nécessités; les concessions d'impôts ou de monoples étaient pour eux un moyen de payer leurs dettes. Quatorzième siècle. *Maona dei Giustiniani* à Gênes.

tayage, colonat partiaire, bail à portion de fruits, exploitation par maîtres-valets, cf. Viollet, p. 759 et suiv. Thèses : Méplain, 1850; Destouet, 1885; Rérolle, 1888; Arminjon, 1895; Chavernac, 1899 (Provence); Trinquat, 1899 (Toulousain); Sauzet (Limousin); Pasquier (Craonnais). Cf. en général Baudrillart, *Popul. agric. de la France.* — Sur la règle *Vente passe louage*, ci-dessus, *loc. cit.* Périer, Thèse 1899. — Pertile, § 162 (et cheptel). — *Enzel* en Tunisie, Lescure, Thèse, 1900.

Bail à cheptel. Du Cange, v^is^ *Capitale, Catallum. Tr. des cheptels*, 1765. Pothier, 1765. Chaisemartin, p. 272. Huber, IV, 863. D'Arbois de Jubainville, *Et. sur le droit celt.* Toulouse, 149 (*Gasaitha*). F. de Béarn, etc.

Louage de domestiques. Caractère familial de ce contrat : les enfants, les serfs constituent autrefois la domesticité; les gens de la maison doivent le respect au maître, sont tenus de veiller à sa vie, à son honneur, à ses biens, sont sujets à une correction modérée, peuvent cesser leurs services pour une juste cause comme le mariage. Loysel, 473 et suiv. Chaisemartin, p. 276. *Sachsensp.*, II, 33. Pocquet de Liv., I, 2, 40. Pasquier, *Inst.*, p. 64. Stobbe, § 187. Huber, IV, 865. — A l'époque révolutionnaire, plus de valets et de servantes, mais des officieux et des femmes de confiance ; plus de maîtres, mais des professeurs. Babeau, *Artisans et domestiques d'autrefois*, 1886. C. civ., art. 1780 : interdiction des engagements à vie. — Grèce, Beauchet, Guiraud, Francotte.

Louage d'industrie, apprentissage, etc. Levasseur, *Hist. des classes ouvr.*, 2^e^ éd., 1901. Hubert Valleroux, *Le contr. de travail*, 1895. Fagniez, *Doc. rel. à l'hist. de l'industrie*, 1899-1900. L. 22 germ. an XI. Marchandage, Brodu, Thèse, 1898. Grèves, Beaum., 30, 62. *Moyen-Age*, 1900, p. 78, 168.

Compromis, Arbitrage (au XIII^e^ s. : mise). Dans presque tous les Coutumiers, détails sur ce contrat important (par ex. Beaum., c. 41. P. de F., c. 19. etc.). Pratiques et Tr. de procédure. Canonistes, sur **X**, 1, 43 (*de arbitris*). Thèses, par exemple Declareuil, 1887. Tardif, *Dr. privé au XIII^e^ siècle*, p. 14. Camus et Dupin, n^os^ 1704, 2052 et suiv.

Transactions. Canonistes, sur **X**, 1, 36. Thèses, par exemple Oumé Kendjiro, 1889. Accarias, 1863.

Contrats aléatoires : Jeu, Pari, Loterie. Pothier, 1767. Traités sur la police, par exemple Fréminville, etc. Mireur, *Bull. du Com. des trav. hist.*, 1884, n° 2. Schuster, *Spiel*, 1878. Wilda, *ZfDR*, 1839 et 1843. Stobbe, § 193 et suiv. Pertile, V, 513. Les conceptions archaïques se sont conservées longtemps pour les contrats de jeu et de pari, délassements barbares de l'enfance de l'humanité que nos civilisations raffinées ne sont point parvenues à supprimer. Ce sont des actes au comptant, et il n'en résulte pas d'action au profit du gagnant contre le perdant; une dette de jeu est une dette d'honneur, mais en principe on ne joue pas sur parole ; on ne parie qu'en mettant un enjeu entre les mains d'un tiers. Le banquier qui dirige le jeu, qui fournit au besoin des avances aux joueurs et a le droit de se faire donner des gages (d'où le nom allemand de *phantner*), devient, avec le gros jeu, un personnage presque nécessaire. Schrœder, p. 715. Post, II, 684. Dareste, *Et.*, 89, 93, 98 (maisons publiques de jeu exploitées par des fermiers de l'Etat). *Contrats divers*, de caractère archaïque dans Kovalewsky, *Cout. contemp.*, p. 128 et suiv. — Bender, *Lotterie*, 1832. Endemann, *id.*, 1882. Warschauer, *id.* (Prusse). 1885. — *Assurances*, Pothier, 1767. Camus et Dupin, n° 2248 et suiv. Salvioli, *L'assicurazione*, 1884. Bensa, *Il contr. di assicuraz.*, 1884 (tr. fr. dans *R. gén. dr.*, 1894, 246, par Valery). Stobbe, § 197, 198.

Contrats commerciaux et maritimes. Camus et Dupin. n^os^ 2125 et suiv.

Goldschmidt, *Handb. d. Handelsr.*, I (3e éd.). Lattes. *Dir commerc.* (Statuts ital.), 1884. Pertile, IV, 681. Neumann, *Gesch. d. Wechsels* (Hanse), 1863. Post, II, 685 et suiv. Schaube, *La proxénie au moyen âge*, 1896.

Banques. Endemann, *Stud. in d. rom. kan. Wirthsch. u. Rechtslehre*, 1874, I, 423. Goldschmidt, p. 318. Dareste, p. 33, 35 (bourse des titres chez les Juifs). Vigne, *La banque à Lyon* (*XVe au XVIIe s.*). 1903.

§ 7. — *Voies d'exécution sur la personne et sûretés personnelles.*

1. — **Exécution volontaire** (1). — Dans le très ancien droit, l'obligation s'éteint par voie de *solutio* ou de *satisfactio*, exécution directe ou fait que le créancier tient pour équivalent. La **prescription extinctive** ou **libératoire** semble avoir été inconnue en matière de délits : les querelles de famille à famille se perpétuent à l'infini : le droit de vengeance est imprescriptible, et celui qui tarde à l'exercer n'y renonce pas, mais attend une occasion favorable pour surprendre son ennemi. Des déchéances de procédure apparaissent à mesure que l'intervention de l'État en matière de justice est plus active et plus efficace ; on finit par emprunter au droit romain son système de prescription (2), comme on lui emprunte, avec bien des modifications, la **compensation** et la **reconvention** (3). En principe, le débiteur est

(1) Brunner, *DRG*, II, 441. Pertile, IV, 475. Glasson, VII, 691. — Droit canon : cf. comment. s. t. *de solut.*, **X**, 3, 22 (G. Durand, 4, 3, etc.). — Beaum., c. 36, 37, 54. Bout., I, 49. Masuer, 31. Toulouse, 70, 80. Loysel, 672 et suiv. Pothier, *Oblig.*, n° 473 et suiv. — Dr. grec, Beauchet, t. IV.

(2) **Prescription libératoire ou extinctive.** Ci-dessus, p. 292 et suiv., t. II. Loysel, 713, 714. *Gr. C.*, p. 198. Bout., I, 20, 27, 49. Masuer, 22. Cf. **X**, 2, 26. En général, les règles et la durée (30 ans) sont tirées du droit romain. Cf. cep. courtes prescriptions : 10 ans (Ord. juin 1510, 71 : actions en rescision) ; 5 ans (*id.* : arrérages des rentes constituées. D. 20 août 1792, r. foncières. D. 24 août 1793, r. viagères) ; 1 an, 6 mois (Ord. juin 1510, 67, 18), etc. C. de Paris, 126, 127. Ord. 1673, 1, 9. Ferrière, Guyot, *h. v°*. Pothier, I, 337 ; II, 374 (éd. B.). Pertile, IV, 483 (textes). — Hébreux : année sabbatique. Dareste, *Et.*, p. 48 ; *Ac. Sc. m.*, 1894.

(3) **Compensation** (A. doit 100 à B. ; B. doit 100 à A. ; les deux dettes s'éteignent) et **Reconvention** (A. poursuit B., et B. lui demande reconventionnellement ce qui lui est dû, sans lui intenter un procès spécial, qui se porterait peut-être devant d'autres juges et en tout cas nécessiterait une procédure préalable, des délais, etc.). Les Romanistes admettaient la reconvention (même *ex alia causa*) et la compensation, mais discutaient pour savoir si la compensation devait être *légale* (extinction de plein droit des deux dettes liquides de choses fongibles, par cela seul qu'elles coexistent) ou *judiciaire* (invoquée en justice et prononcée par le juge, Bartole, Doneau). Cujas fit prévaloir en France le système de la compensation légale (cf. *ipso jure* dans *Inst. Just.*, 4, 6, 30). Cout. de Milan, a. 1396, art. 117. La

tenu de faire ou de donner exactement ce qu'il a promis (1), à moins que le créancier ne consente à recevoir autre chose ou ne le libère de son engagement sans rien exiger (2). L'exécution en nature est donc la règle ; mais il arrive souvent que les dettes d'argent sont acquittées en meubles ou en bétail, car les meubles sont presque envisagés comme choses fongibles, et dans le primitif état social, le bétail sert de monnaie (3). Faute de payer ou de satisfaire le créancier, le débiteur *ex delicto* retombe sous le coup de la vengeance privée dans le droit primitif : l'inexécution d'un contrat est tenue elle-même pour un délit et entraîne les mêmes conséquences (esclavage pour dettes, payement en services, voy. ci-après). A mesure que la vieille conception délictuelle de l'obligation s'efface, le débiteur qui ne paye pas est tenu tout simplement à des **dommages-intérêts**

compensation et la reconvention étaient aussi reçues en droit canon. **X**, 2, 4. *Inst.* de Lancelot, 3, 9. P. Fournier, *Offic.*, p. 111. — Au contraire, le droit coutumier rejette ces deux institutions. Loysel, 704 : *Une dette n'empêche pas l'autre.* 703 : *reconvention n'a point de lieu* (en Cour laie). Ces règles sont dans la logique des systèmes formalistes et se retrouvent, par exemple, à Rome. Elles tiennent peut-être aussi à la multiplicité des anciennes juridictions et à leur caractère patrimonial ; les juges se disputaient les plaideurs ; or, la reconvention permettait aux juges d'Eglise d'attirer devant eux des affaires qui auraient dû être soumises aux juges seigneuriaux ; et à l'inverse, les juges seigneuriaux pouvaient, par ce moyen, se prononcer sur des causes spirituelles ou sur des affaires appartenant aux juges royaux, etc. Beaum., 9, 47. P. de F., 29, 5 (simple défense). Ass. de Jér., *C. des Bourg.*, 51. Bout., 1, 60. Au quatorzième siècle, la compensation des dettes liquides est reçue au Châtelet de Paris. Desm., 136, 137. *Cout. not.*, 111, 120. Et plus tard, au dix-septième siècle, on interprète la C. de Paris (*AC*, 74 ; *NC*, 75) dans les sens de l'admission de la compensation légale. Sous l'empire d'autres Coutumes plus fidèles au vieux droit, la compensation ne s'opérait qu'en vertu de lettres royaux. Pour la reconvention, l'*AC. Paris*, 75, la prohibe encore ; la *NC*, art. 106, ne l'autorise que sous certaines conditions : connexité entre les deux demandes, et la dernière est une défense contre l'autre. La jurisprudence interprète largement ces dispositions (controv.). Pothier, t. 10, p. 51 ; t. 2, p. 334 (éd. B.). Lair, *Compens.*, 1862. Desjardins, *id.*, 1864 (longs détails). Chaisemartin, p. 259.

(1) Sur les risques, cf. ci-dessus, p. 1201, 1358. Cod. Just., 4, 24, 9 (*res perit domino*). Puffendorf, *Dr. de la nature*, 5, 5. 3. Variations de Cujas, Pothier, *Vente*, n° 307. Cf. Beaum., 43, 41. — Sur les *vimaires* (*vis major*), Argou, 3, 27, Stobbe, § 183. — Hôteliers. Ord. 1667, 20, 4.

(2) Remise de dette, novation. Cf. Gaudemet, *Transport de dette*, 1898. Stobbe, § 181. — Offres réelles, *Arch. giur.*, 66, 322.

(3) Tarifs légaux, par exemple *Rib.*, 36, 11. — Changements de monnaie. *Tract. ill. Ict.*, t. 12. Loysel, 680 : *or vaut ce qu'or vaut* (ce qui vaut de l'or est de l'or).

dits **compensatoires** (1). *De tous marchés on en vuide par intérêt* (2). De même, en cas de retard dans l'exécution, le débiteur qui encourait des amendes à l'époque barbare finit par ne plus payer que des **dommages-intérêts** dits **moratoires** (3). A vrai dire, à l'époque barbare, ce n'est pas l'exécution à elle seule qui éteint l'obligation : par application du formalisme, elle se dissout au moyen d'un procédé analogue à celui qui a servi à la créer : le créancier, qui a acquis tous ses droits par la *festuca* y renonce en jetant la *festuca*; s'il les a acquis par la tradition de la *carta*, il les abandonne en restituant la *carta*. Un écrit, *evacuatoria*, supplée à la remise de la *carta*, quand celle-ci s'est perdue (4). Il n'est pas rare que l'on dresse, lors de l'extinction d'une obligation, une *epistola securitatis* ou promesse de ne pas inquiéter le débiteur, de le tenir quitte (*quietus*), à raison du délit qu'il a commis et qui l'exposait à la vengeance ou à la composition (5). De là l'usage des **quittances**, moyen commode de constater la libération du débiteur lorsque la remise du titre ou l'emploi de la *festuca* eurent cessé d'être requis *ad solemnitatem* (6).

2. — **Exécution forcée**. — Dans le très ancien droit, c'est la personne du débiteur, son corps, qui répond avant tout du payement de sa dette (7); par extension, ses meubles en répond-

(1) Ci-après, note 3. Clause pénale, ci-contre, p. 440, t. II. Lœning, Sickel, *op. c.*

(2) Loysel, 414. — Dareste, 7, 77, 79. Bagueau, v° Eramme.

(3) Endemann, II, 243 (bibl.). G. Durand, *Spec.*, 2, 3. Dumoulin, *Tr. de eo quod. int. Op.*, t. 3. Pothier, II, 67 et suiv. (éd. B.). Stobbe, § 182. — La règle : *Dies interpellat pro homine* fut consacrée, en Allemagne, par la Chambre impériale, 1595; on la regarde comme d'accord avec le vieux droit germanique (*L. Sal.*, 50); cf. *secùs*, Romanistes, Statuts italiens; mais voir Petrus, 4, 51. Pothier, *loc. cit.* : selon nos usages, un débiteur n'est censé mis en demeure que par une interpellation judiciaire. Loysel, 679 (*qui a terme ne doit rien*). — Sur les répits, essoines, cf. Procédure. Beaum., 25. — *Siete Part.*, 5, 1, 8; 14, 8. — Clause pénale, ci-contre. Ex. dans Thévenin, *Textes*, p. 260. *Mise* (dans l'arbitrage). Cf. Glasson, *Procéd. civ.*, 2, 123 (*astreinte*) : payer tant par jour de retard.

(4) Rozière, n°s 378 et suiv. Thévenin, n° 33. Ci-contre, p. 447, t. II.

(5) *Form. Audec.*, 5, 39, 42 et suiv. *Tur.*, 38. *Bign.*, 8, 9. *Liud.*, 19. Marculf., 2, 18. On renonce aussi à la vengeance *per festucam*. *L. Rom. Cur.*, 24, 2. Thévenin, n° 137. Brunner, II, 444. Cf. asseurements. Cf. Institutions de paix, époque féodale, t. I et p. 447, t. II, n. 3. Ragueau, *h. v°*. Du Cange, v° *Assecur*. Loysel, 821. *Gr. C.*, p. 391, 867. Esmein, *Rev. trim. de dr. civ.*, 1903. Berryer, Thèse, 1903.

(6) Pertile, IV, 478. Beaumanoir : lettres d'*aquit.* (34, 21; 43, 39).

(7) Le débiteur antique n'a d'autre perspective que la mort ou l'esclavage,

dent aussi, car *mobilia ossibus inhaerent*; en ce sens, il est vrai de dire **Qui s'oblige oblige le sien**; mais les immeubles du débiteur ne sont pas assez à lui pour que le créancier puisse les atteindre (1). L'histoire de l'exécution forcée se résume dans le renversement de ces idées. Le créancier ne s'attaque plus à la personne du débiteur, mais à ses biens; en effet, celui-ci n'est plus considéré comme un coupable dont on cherche à se venger; on lui réclame une valeur et son patrimoine doit la fournir. L'exécution sur les biens passe donc au premier plan (2); mais elle porte d'abord sur les meubles; les immeubles ne sont atteints qu'en dernier lieu, car on n'a pu autoriser les créanciers à se payer sur eux qu'à mesure que la propriété immobilière s'est individualisée.

Aux moyens de contrainte auxquels nous venons de faire allusion s'ajoutent des procédés de caractère spirituel, l'**excommunication** (3), par exemple, qui est fréquente au moyen âge, au moins s'il y a *contumacia* ou dol (4); elle a pour conséquence le refus de sépulture religieuse (5). Par un retour aux idées

heureux si ses créanciers ne le mangent point tout vif, comme cela se voit dans certaines légendes. Comparez de nos jours le débiteur américain qui s'enrichit en faisant faillite.

(1) *Roisin*, p. 48 : « Se vous trouves le corps dou debteur, si l'arriestes. Se vous ne trouves le corps, si arriestes ses meubles cateuls. Se vous ne trouves meubles cateuls, si mettes main à ses yretages. » *AC. Anjou*, éd. B.-B., t. 2, p. 338. *Olim*, IV, 1486. *Const. du Chât.*, n° 73. Kohler, p. 65.

(2) A moins que le créancier ne soit se réservé le droit de pratiquer d'abord l'exécution sur la personne. *Sachsensp.*, 3, 39.

(3) Du Cange, *h. v°*. Pertile, IV, 502. Pasquier, *Inst.*, p. 540. On trouve des formules d'excommunication *ob debita* dans un formulaire d'actes imprimé à Rome vers 1479, 1480, sans date ni titre; les débiteurs se soumettaient, en effet, par avance à l'excommunication pour le cas où ils n'exécuteraient pas leurs engagements; mais les juges d'Eglise pouvaient aussi les excommunier en l'absence de clauses de ce genre. On convenait aussi que l'excommunication aurait lieu *ipso facto Tr. univ. jur.*, t. 14. Ugolini, *De censuris*, 1597. Eveillon, *Tr. des excommunic.*, 1672. Kohler, p. 61, 69. Cf. clauses contenant des malédictions, ci-dessus, p. 440, t. II. On en trouve jusque chez les Assyriens, des milliers d'années avant J.-C. Kohler, p. 64. *Add.* Osenbrüggen, *Stud.*, p. 333 : ajournement au jugement dernier, dans la vallée de Josaphat. — Cf., à l'inverse, débiteur réfugié dans une église. *Wiss.*, 9, 3, 4 (Ant.).

(4) **X**, 3, 23, 3. Hostiensis, *de cess. bon.* et *de sent. excom.* AC. Bourges, 156. *Gr. C.*, p. 611. Beaum., 11, 32. Reg. de Cerisy, n° 431, etc. Obligation de *nisi*.

(5) Autres conséquences : incapacité d'agir en justice, même devant les tribunaux séculiers. **X**, 5, 29; *in VI°*, V, 11. *Mém.* de P. de Cugnières, art. 1

païennes qui s'accorde assez avec cet effet redouté des censures ecclésiastiques, le créancier **arrête le cadavre** de l'insolvable, excommunié ou non : du moins, il s'oppose à sa sépulture ; on en est réduit à jeter le corps à la voirie où il est en proie aux bêtes ; de la part des parents du débiteur il n'y a pas, aux yeux du peuple, de devoir plus étroit que celui de désintéresser le créancier, afin de pouvoir rendre au mort les derniers honneurs : de la part d'étrangers, c'est un acte si louable qu'il efface les plus grands crimes (1). En dehors de l'ancienne France, la religion a fourni aux particuliers d'autres armes pour vaincre la résistance de leurs débiteurs : telle est cette étrange procédure du **jeûne** pratiquée dans l'ancienne Irlande et chez les Perses : le créancier se tenant devant la porte de son débiteur, se refusait à prendre toute nourriture tant qu'il n'était pas payé : si faible qu'il fut, il venait ainsi à bout du plus puissant. L'Inde avait perfectionné cet usage ; au lieu de jeûner lui-même, le créancier envoyait un brahmane jeûner à sa place : ce jeûne par procuration était encore plus efficace (2).

L'exécution, ayant toujours affecté à l'origine la forme d'une *captio*, saisie ou nantissement, était forcément individuelle,

et 12. *Songe du Verger*, 2, 203. Cf. cep. *Gr. C.*, p. 389. Cet usage était si bien établi, qu'au seizième siècle il fallut l'interdire. Ord. janv. 1560, 18. *NC. Bret.*, 9. D'Argentré, t. *des just.*, art. 6. Fevret, *Abus*, 7, 2. Les juges séculiers demandèrent d'abord au supérieur ecclésiastique d'absoudre le débiteur imprudent qui s'était soumis à l'excommunication : si celui-ci s'y refusait, on l'y contraignait par la saisie de son temporel. *Libert. Egl. gall.*, 35. Pour plus de simplicité, les Parlements statuèrent eux-mêmes sur l'absolution à cautèle ; celle-ci tomba en désuétude, et Tiraqueau constate que les excommuniés peuvent plaider sans difficulté devant les tribunaux séculiers (*de retr. gent.*, 8, 1, 276). Loysel, 709. Ci-dessus, p. 448, t. II. Même marche en matière de serment.

(1) Sur l'arrêt du cadavre, cf. Esmein, *Mélanges*, p. 245. Justinien y fait allusion, Cod. Just., 9, 19, 6; Nov. 60 (a. 537). Saint Ambroise, *De Tobia*, 10. Contes populaires, par exemple Jean de Calais, dans Bladé, *Contes pop. de la Gasc.*, etc. De Hinojosa, *El Archivo*, 1892. Altamira, *Hist. Esp.*, II, 185 (Navarre, XV^e^ s.). Kohler, p. 19.

(2) Si le débiteur le laisse mourir de faim (et a *fort*, s'il le tue), il sera responsable de sa mort; l'esprit du créancier ne quittera plus ces lieux, d'après les anciennes croyances animistes, et le tourmentera éternellement lui et les siens. Survivances au moyen âge : lai d'Ignaure, Guillaume au Faucon, légende irlandaise des trois clercs et du chat (jeûner contre Dieu). Gaidoz dans *Mélusine*, IV, 305, 406 (cf. VII, 55, 182, etc.). W. Stockes, *Academy*, 1885, 169. S. Maine, *Inst. prim.*, p. 370. D'A. de Jubainville, *Littérat. celt.*, 7, 245 (origine chrétienne en Irlande). Dareste, *Etudes*, p. 84. Kohler, 15.

même quand il y avait plusieurs créanciers (1) ; le saisissant excluait les autres (2), sauf à ceux-ci, quand il avait été désintéressé, à se saisir à leur tour des biens qui restaient au débiteur. Ce **système de poursuites individuelles** faisait du payement le prix de la course et prêtait à des collusions frauduleuses entre le débiteur et certains créanciers ; il favorisait le créancier le plus dur ou le plus malhonnête et sacrifiait sans raison la masse des autres. Il était particulièrement choquant en cas de **déconfiture** (3), c'est-à-dire lorsque, l'insolvabilité se révélant tout à coup, la plupart des créanciers se présentaient en même temps à la justice pour faire pratiquer des saisies. Vers la fin du treizième siècle, le privilège du premier saisissant cessa de s'appliquer dans cette hypothèse. Le prix des biens se partagea alors à proportion du montant des créances entre tous les créanciers chirographaires, comme s'ils avaient tous pratiqué en même temps leurs saisies. On aurait dû aller plus loin ; il fallait dessaisir le débiteur de tous ses biens afin de les empêcher de les mal liquider et de favoriser un des créanciers aux dépens des autres ; il fallait appeler les créanciers par des mesures de publicité et les grouper en un syndicat ou union, de manière à arriver à une procédure collective ; il fallait organiser cette procédure sur la base de l'égalité la plus stricte. C'est ce que firent les statuts des villes italiennes (4) en empruntant, pour

(1) Garraud, *De la déconfiture*, 1880. Bibl. dans Camus et Dupin, v° *Faillites*. Cf. Pertile, VI, 384. Seuffert. *Concursr.*, 1888. Stobbe, *Gesch. d. ält. d. Konkurspr.*, 1888.

(2) Beaum., 34, 52. *Gr. C.*, c. 10. Artois, 115. *Ord. des Maiours* (de Metz), *NRH*, 1878. Ass. de Jérus., *C. des Bourg.*, 78.

(3) Beaum., 34, 52; 54, 6. Bout., 1, 46; 27. Paris, 1880 : le cas de déconfiture est quand les biens du débiteur ne suffisent aux créanciers apparents. Loysel, 685. Ord. 1629, 165. Ragueau, Ferrière, etc., *h. v°*. — Du Cange, v° *Decoctio*. — En cas de déconfiture après décès, on organise une procédure collective assez rudimentaire. Ord. 1396 (8, 95). Cf. J. d'Ibelin, 185. *Ord. des Maiours*, 1, 5. Ci-après, Bénéfice d'inventaire, Séparation des patrimoines. Norm., 97; Bret., 513; Lille, 14, 11. Artois, 24. On trouve quelques traités d'union entre créanciers pour nommer des syndics ou directeurs, c'est-à-dire des représentants. Duparc-Poullain, *Actes de notoriété*, p. 232.

(4) Cf. auteurs italiens, Straccha, *De mercatura*, 1, 1; Rocco, *De decoctione mercatorum*; Casaregis, *De commercio*, etc. — Arr. du Conseil, 7 juillet 1667. Ord. 1673, t. XI; 12 mars 1678; Réglements, etc. Guyot, Ferrière, Denisart, *h. v°*. Comment. de l'Ord. 1673, note. Jousse, Bornier. Pertile, 6, 391 et s.

règlementer la **faillite** (1), le système d'exécution savant des lois romaines (2). En même temps, des peines rigoureuses frappèrent la faillite frauduleuse ou **banqueroute** (3). Les usages italiens passèrent pour la plupart dans l'ancien droit français, mais ils ne s'appliquèrent qu'à une catégorie de personnes, les commerçants en état de cessation de payements (Ord. 1673, t. XI) (4); la déconfiture ou insolvabilité notoire des non-commerçants ne fut pas organisée et, sauf le privilège du premier saisissant qui ne s'y appliquait pas, resta sous le régime des poursuites individuelles; la raison en est que la plupart des créanciers du déconfit étaient munis d'actes notariés : ils avaient des hypothèques grâce auxquelles ils échappaient à la loi de la contribution et leur intérêt à l'organisation d'une procédure collective était minime (5).

(1) Straccha, 2, 1 : *recentiores jurisconsulti fallitos et cessantes vocant.*

(2) Différences : a) le seul fait de la cessation de payements est une présomption d'insolvabilité et constitue en état de faillite; *b*) le *decoctioni proximus* est traité comme le *decoctus*, en ce sens que les actes accomplis peu de temps avant la faillite sont frappés de nullité; *c*) la majorité des créanciers peut imposer une remise de dette à la minorité et replacer le débiteur à la tête de ses affaires (*concordat*). Italie : tribunaux spéciaux. Pertile, 6, 392.

(3) *Banca rotta* : on brise le banc que le commerçant a sur la place principale de la ville. La peine de mort frappait quelquefois le banqueroutier dont l'acte coupable entraînait la ruine d'un grand nombre de ses concitoyens et prenait les proportions d'un désastre public. L'opinion publique avait peine à distinguer le failli malheureux du banqueroutier criminel : *decoctor ergo fraudator*, dit Balde qui se fait l'écho du préjugé populaire. — Ord. 15 oct. 1536; août 1561, 143 (mort), etc. Isambert, Table, *h. v°*. Pertile, § 203.

(4) Cf. cep. Thaller, *Faillites en dr. comp.*, I, 145.

(5) Pour la même raison, l'action Paulienne, en révocation des actes accomplis par le débiteur en fraude des droits des créanciers, avait perdu à peu près toute utilité. Néanmoins on l'étendit aux renonciations à successions. Ord. 1747, 42. Cf. R. de Lacombe, *v° Fraude*. Louet, *R*, 20. Domat, 2, 10, 1, 2. Pothier, *Oblig.*, n° 153. — Les créanciers avaient aussi le droit d'exercer les droits et actions de leur débiteur négligent (art. 1116, C. civ.). Nos anciens auteurs avaient tiré cette règle des lois romaines. Domat, *Lois civ.*, 2, 10. Louet, *R*, 20 (arr. du Parl. de Paris, 9 juill. 1698). Lebrun, *Succ.*, 2, 2, 47. On se demande si une subrogation judiciaire était requise dans ce but, voire même s'il ne fallait pas des lettres royaux. Labbé, *R. crit. de lég.*, 1856, soutient que la subrogation exigée d'abord, cessa d'être nécessaire et que le créancier put agir *quasi ex jure cesso*. Basnage, s. 345, Norm. Mais cf., en sens contraire, le même, s. 278, Norm. Lebrun, *loc. cit.* C'est là un cas de cession forcée qui suppose l'intervention des tribunaux. Périer, Thèse, 1884. *Mél. P. Fabre*, 1902, p. 416. *France judic.*, 1880-1881, I, 73.

3. — **Exécution forcée sur la personne** (1). — A° **Selbsthülfe.** — Sous sa forme la plus sommaire, l'exécution forcée consiste dans la saisie privée du malfaiteur pris en flagrant délit, comme on retient une bête prise en dommage (2). Dans les législations primitives, l'insolvable est à la merci de ses créanciers. Son corps leur appartient. Qui ne peut pas payer de sa bourse paye de sa peau, dit le vieux proverbe. La loi irlandaise montre le créancier s'emparant lui-même de la personne du débiteur; il lui met ses entraves au pied, une chaîne au cou, l'emmène à sa maison et l'y enferme en ne lui donnant pour nourriture qu'une écuelle de bouillie par jour. Au besoin, comme à Rome, le corps du débiteur se partage entre les créanciers; le *partes secanto* des XII Tables doit s'entendre littéralement, car, dans l'ancien droit, tout débiteur est un criminel dont on a à se venger; l'addition *si plus minusve secuerint, se (sine) fraude esto*, atteste l'éveil de quelques scrupules dans la conscience des vieux Romains (3). Par comparaison, la conduite de l'usurier du moyen âge, du personnage du *Pecorone* (4), dont Shakespeare a fait le juif Shyloc dans son *Marchand de Venise*, est assez humaine; il se contente d'une livre de chair au lieu

(1) Briegleb, *Gesch. d. Executivprozess*, 1839. Wach, *Arrestprocess*, 1868. Horten, *Personalexecution*, 1893, 1896. Schrœder, 286, 376, 749. Brunner, *DRG*, II, 441 (§ 115). Pertile, § 232 (t. VI, p. 353). — Grimm, *RA*, 613. Michelet, *Orig.*, p. 392. — Droit scandinave : Maurer, *Münch. Sitzb.*, 1874; Amira, *Wollstreckungsverf.*, 262; *OR*, I, 125, 155, 480; II, 154; *Recht*,, 164, 200. — Droit comparé : Kohler, *Shakespeare*, 1883; *Nachwort*, id. Post, II, 265 et suiv. Dareste, *Etudes*, p. 26, 36, 56, 83, 96. Add. — Frommhold, *Widerspruchsklage*, 1890.

(2) *Liut.*, 146 (interdit d'amener le malfaiteur en le chargeant de chaînes). *Bai.*, 3. 9. *Burg.*, 19, 4. Cf. *Wis.*, 8, 5, 1. Beaum., 30, 81.

(3) Ihering, *Scherz u. Ernst*, p. 223. Kohler, *op. cit.*, p. 8, 31. L. de Gulathing, 71; L. de Frostathing, 10, 26. Ci-après. — On voit des gens jouer leurs membres, leur vie, leur honneur, leur salut éternel. Kohler, p. 60. Guill. de Tyr, 11, 11 : *barbam suam hypothecaverat* (c'est-à-dire que le créancier acquérait le droit de la couper, ce qui était déshonorant pour le débiteur en Orient).

(4) Recueil de Nouvelles, écrit à Florence en 1358 par Giovanni. Dans le drame de Shakespeare, Portia, déguisée en juge, dit à Shylock : vous avez droit à une livre de chair, la loi vous la donne et la Cour vous l'adjuge. Mais ne versez pas de sang. Prenez tout ce qui vous est dû, ni plus ni moins. Si vous coupez plus ou moins d'une livre, quand la différence ne serait que de la vingtième partie d'un atome, vous êtes mort et vos biens confisqués. — Solution bonne pour une époque où l'on ne comprend plus l'exécution sur le corps du débiteur.

de prendre le corps tout entier du débiteur. Les formalités exigées par la Coutume pour la prise de corps, le danger que présente l'acte formel pour celui qui l'emploie à tort, furent les premières garanties du débiteur. On ne devait point s'en contenter, et, de très bonne heure, on trouva dans l'intervention de la justice un moyen bien plus efficace d'améliorer le sort de l'insolvable.

4. — B° **Intervention de la justice.** — I. *Procédure contradictoire : Mort ou esclavage pour dettes.* Supposant que la responsabilité de la famille a été vainement mise en jeu par la procédure de la *chrene cruda,* la loi Salique, t. 58, veut que le débiteur du wergeld, c'est-à-dire le meurtrier insolvable, soit présenté à quatre plaids successifs ; si personne ne promet de payer pour lui, il payera de sa vie (*de sua vita componat*) ; il sera livré au créancier et celui-ci exercera son droit de vengeance en le mettant à mort (1). Evidemment, quoique la loi ne le dise pas, le créancier pourra lui faire grâce de la vie et le vendre comme esclave ou le garder auprès de lui à ce titre (2). S'il se présente un tiers *redemptor* durant les délais dont il vient d'être question, le débiteur deviendra l'esclave de celui-ci et il y gagnera,

(1) L'ancienne loi de Gulathing (Norwège), c. 71, contient des dispositions qu'on a rapprochées de ce passage de la loi Salique et du *partes secanto* de la loi des XII Tables. Le débiteur hors d'état de payer se rend au *thing* et offre sa personne à ses parents pour la somme par lui due, en commençant par le plus proche. Si aucun d'eux ne consent au marché, il appartient au créancier jusqu'à ce qu'il ait payé sa dette. Il est esclave par rapport à celui-ci, car le créancier peut le frapper s'il refuse de travailler ; cependant il lui est interdit de le vendre, à moins qu'il ne soit évadé et repris. A l'égard des tiers, il garde sa qualité d'homme libre ; si on le frappe, il a droit à l'amende fixée par la loi pour coups portés à un homme libre, et le maître, de son côté, peut exiger l'amende pour coups portés à un esclave. Le débiteur qui se rend esclave peut donner ses enfants en servitude avec lui, mais seulement jusqu'à concurrence de 3 marks. S'il ne veut pas travailler pour son maître, celui-ci le conduit au *thing* et met ses parents en demeure de le libérer ; sur leur refus, il peut le tuer ou le mutiler ; la loi dit *qu'il peut couper où il veut, haut ou bas.* Dareste, *Et.*, p. 333. Sur les interpr. de ce texte, cf. Kohler, p. 30, et les auteurs cités plus haut. Cf. *Bjarkòr, R.*, II, 50, et surtout loi de Frostathing, 10, 26 : le créancier évalue les membres du débiteur et peut les couper, en commençant par les plus petits, au prorata de sa dette. Cf. cep. Amira, *Vollstreck.*, 262.

(2) Cf. Ed. Chilp., 8 : au quatrième *mallus*, le roi abandonne au créancier le *malus homo* qui ne peut payer la composition due à raison de ses méfaits : *faciat exinde quod voluerint.* Pact. Childeb., 2 (I, 5). *Roth.*, 253 et suiv. *Liut.*, 80, 152, 187. *Wis.*, 5, 6, 5. Capit., t. I, p. 556. Brunner, II, 479. Kohler, p. 21.

d'ordinaire, d'avoir un maître moins dur, puisqu'il n'a point de vengeance à exercer. L'esclavage pour dettes (1) est le sort normal de l'insolvable dans le vieux droit ; tantôt il est la suite de la procédure que nous venons de décrire, tantôt il résulte d'une convention entre les parties (2). Les clauses de ces conventions et l'adoucissement des mœurs ont abouti à restreindre les droits des créanciers. Au lieu d'être perpétuel, l'esclavage pour dettes est devenu temporaire ; il ne dure que le temps nécessaire pour que le débiteur paye sa dette par ses services. Ou bien le débiteur se donne en gage, au lieu d'aliéner sa liberté d'une manière définitive (3). De façon ou d'autre, il est admis, à la fin de l'époque franque, que le débiteur remis au pouvoir du créancier ne doit être tué ni mutilé ni vendu ; celui-ci est simplement autorisé à le faire travailler pour son compte ou à le tenir en chartre privée (4).

II. *Contumace.* — Ajourné régulièrement, le débiteur ne comparaît pas en justice ; ou bien, condamné à *fidem facere*, il s'y

(1) Potgiesser, *De cond. serv.*, 1707. Korn, *De obnoxiat.*, 1863. Kohler, *Shakespeare*, 1 et suiv. Brunner, *loc. cit.* Nägeli, *Selbstpfändungrs.*, 1876. Schrœder, § 35. — Droit comparé. Dareste, *Etudes*, p. 83, 96, 333. Post, 2, 285. — Cf. *nexum* romain, Girard, p. 477.

(2) Le débiteur peut engager par avance sa liberté pour le cas où il ne payerait pas, ou bien, à l'échéance, se rendre esclave. Formes symboliques pour l'exécution de ces conventions : on se met une corde au cou et on livre ses mains au créancier, etc. Cf. **Obnoxiationes** dans Rozière, *Form.*, 43 et s. Thévenin, *Textes*, Table, *h. v°. Cart. de Cluny*, I, 30, etc. *Add.* lois et Capit., not. *Bai.*, 1, 10. *Liut.*, 15, 2. *L. Rom. Cur.*, 27, 1. Capit. 779, 19 ; 803, 3 (I, 51, 117). Sur *Wis.*, 2, 5, 7, voy. Zeumer, *N. Arch.*, 24, 112. Cf. Obnoxiationes, t. I. Kohler, p. 53. Cf. encore, en 1285, l'art. 115ª de la C. de Toulouse : quelqu'un se livre corps et biens, lui et ses enfants à naître, à un bourgeois de Toulouse pour en faire ce qu'il voudra : la convention est constatée par une *carta publica;* il sera *homo ligius et proprius civis Tholose;* celui-ci aura le droit de les *questare et de eis se servire.* Du Cange, v° *Obnoxiatio.* Horten, I, 255.

(3) *Form. Andeg.*, 3. Marculf., 2, 28. Ed. Pist., 34. Mansi, *Concil.*, X, 548, c. 14. — Cap. 803, 3. : *semetipsum in wadium dare.* — *Sachsensp.*, 3, 39.

(4) Textes postérieurs correspondant à cet état de droit. Statut de Toulouse, 1197 ; *teneat in ferris absque alio malo. Fors de Béarn*, éd. Mazure, p. 287 *: en boos fers o ceps;* p. 239, cf. p. 203 : *se ne pot, que pusque.* Roisin, p. 26, 48, 50. Lille, 1533, 18, art. 3. Perpignan, art. 13 (XII[e] s.) interdit les ceps ou grillons. Du Cange, *h. v°* (*pedicae compedes*). J. d'Ibelin, 116 : tenir sans fers, *un anel de fer au bras por reconoissance que il est au poeir d'autrui por dette. C. des Bourg.*, 39, 57, 78. Kohler, p. 23, 24 et suiv. P. de Font., 17, 6 (fosse, ferme, maison). — Concours de plusieurs créanciers, cf. Statut de Toulouse. C. *des Bourg.*, 66. — Pertile, 6, 357.

refuse (1). Il est mis hors la loi (2) ou, dans la suite, forbanni, et ses biens sont confisqués (3).

5. — **Contrainte par corps** (4). — Le régime de la prison privée prêtait à trop d'abus, quoiqu'il fut interdit au créancier par la Coutume ou par la loi de maltraiter son débiteur (5). On dut lui substituer le régime de la prison publique, suite naturelle de l'intervention de l'État dans la procédure contre les insolvables (6). Il n'y eut plus, à proprement parler, exécution sur la personne, mais bien contrainte par corps; car l'emprisonnement pour dettes fut envisagé surtout comme un moyen d'amener le débiteur à payer son créancier à l'aide de ressources qu'on supposait cachées (7). La prison publique était une garantie pour le débiteur; il n'y gagna pourtant point de voir subitement adouci le traitement auquel il était soumis; les Coutumes

(1) Sur l'exécution de la *fides facta* (par exemple promesse de comparaître en justice, d'exécuter le jugement), cf. ci-dessus, p. 1385. *Add.* Horten, *Personalexec.*, p. 21 et suiv. Kleinfeller, *KVJ*, 1894, 219.

(2) Ci-dessus, p. 414, t. II. Cf. not. Ed. Chilp., 9. Kohler, p. 51. Horten, t. I.

(3) Le débiteur peut faire cesser les effets de la bannitio en comparaissant en justice. Cf. Capit., 801, 13, c. 13 (I, 172). Ci-dessus, p. 294, t. II. Ci-après, Saisie immobilière. Pertile, § 185, et VI, 335. Cf. Esmein, p. 157.

(4) Bayle-Mouillard, *De l'emprisonn. p. dettes*, 1835. Leviel de la Marsonnière, *Hist. de la. contr. p. corps*, 1844. Troplong, *De la contr. p. c.*, 1847. *R. prat.*, 20, 451. — *R. Algér.*, 1896 (dr. musulman). — *Dig. ital.*, et *Encicl. giur. ital.*, v° *Arresto pers.* Pertile, 6, 355 (ban et prison). — Glasson, 6, 607.

(5) Le *carcer privatus*, prohibé sous le Bas-Empire, Cod. Just., 9, 5, avait reparu à la suite des invasions, et à l'époque féodale, les débiteurs sont tenus en chartre privée, nourris au pain et à l'eau, quelquefois mis aux fers. Voyez, par exemple, Statut de Toulouse de 1197. *Olim.*, I, 539 (a. 1262): le Parlement reconnait aux bourgeois de Compiègne le droit d'arrêter et de retenir chez eux leur débiteur, droit à l'exercice duquel s'opposait le bailli de Vermandois.

(6) Leviel, p. 270. Kohler, p. 39. *Schuldthürmer* en Allemagne. Le créancier lui-même avait avantage à se servir de la prison publique, car il ne possédait pas toujours de local pour tenir son débiteur enfermé. Pertile, IV, 501. — Au lieu de l'emprisonnement, exil, internement Kohler, p. 50. Pertile, 6, 335.

(7) Il servit aussi à obliger le débiteur à aliéner ses immeubles, tant que l'exécution forcée ne put pas porter sur cette catégorie de biens. Enfin c'était une peine pour le débiteur de mauvaise foi qui avait emprunté, sachant bien qu'il ne pourrait pas rendre, ou qui s'était mis, par son imprudence, dans l'impossibilité de restituer; le créancier n'avait pas à établir qu'il y avait eu fraude caractérisée ou délit comme l'escroquerie, l'abus de confiance, etc. Cf. peines contre les banqueroutiers, Kohler, p. 41.

du treizième siècle se montrent encore fort dures pour les insolvables retenus dans les geôles publiques ; il fallut beaucoup de temps pour arriver à ce régime moitié sérieux, moitié comique, dont les lecteurs de Dickens n'ont pas perdu le souvenir, et qui faisait prévoir l'abolition de la contrainte par corps (1). En règle générale, on peut dire que les détenus pour dettes étaient traités comme des détenus pour cause criminelle, à cette différence près qu'ils avaient droit à une provision alimentaire de la part du créancier (2) et qu'ils étaient élargis quand ils faisaient cession de biens. Saint Louis, en 1254, prit des dispositions qui auraient dû la faire disparaître, mais qui eurent, du moins, pour résultat d'accentuer son caractère subsidiaire et d'en faire une voie d'exécution exceptionnelle (3). Sous cette forme, la contrainte par corps fut réglementée : on ne l'autorisa que sous certaines conditions, certaines personnes y furent soustraites et sa durée fut limitée. Pour pouvoir l'exercer, il fallait ou que le débiteur se fût obligé par corps (4) ou qu'il y eût un jugement de condamnation contre lui : ceci était possible autrefois

(1) Droit anglais, cf. Pollock et M., II, 577 et suiv. Fleta, 2, 64, 12. Blackstone, 3, 26.

(2) *Ass. de Jérus.*, t. I, p. 301, éd. B. Beaum., 51, 7 : régime meilleur que celui des détenus pour vilain cas; le créancier leur doit « *pain et vin et potage, tant comme il en puet user, au meins une fois le jour.* » Mais cf. Kohler, p. 40.

(3) L'Ord. de 1254, 19 (1256, 17), interdit aux sénéchaux ou baillis de saisir ou de retenir le corps du débiteur pour dette civile, à moins qu'il ne s'agît d'une dette envers le fisc (*ne contra justitiam subditos gravent*). C. *Summa Norm.*, 6, 7, 8. *Et. de saint Louis*, 2, 22. *Jost.*, p. 111 et suiv., 303, 311. L'origine de cette disposition est dans la Décret. *Odoardus*, **X**, 333, 3 (le clerc insolvable ne doit pas être excommunié, mais il jurera d'acquitter ses dettes, s'il revient à meilleure fortune. D'après l'Ord. de saint Louis, la contrainte par corps serait donc, comme l'excommunication, une rigueur inutile à l'encontre du débiteur qui n'a rien (ou qui a fait cession de biens, Paulin Paris, *Gr. chron.*, IV, 345; on ne veut pas surtout que les officiers royaux l'exercent arbitrairement, sans autre forme de procès. La pratique interprèta d'une façon restrictive l'Ord. de saint Louis; ainsi Beaumanoir (24, 12, 32; 43, 18, 24; 51, 7; cf. *Gr. C.*, p. 162. Ord. 1303, 12) constate que la contrainte par corps est possible si le débiteur a obligé son corps par lettres ou par devant justice, ou par devant bonnes gens. Elle fut permise également en vertu d'un jugement en forme. Bergerac (a. 1322), art. 25. — Cf. *Siete Part.*, 5, 14, 14. *Ass. Jér.*, I, 188.

(4) Beaum., 51, 7 : on s'oblige « à tenir prison pour sa dette ou pour l'autrui; » en donnant des gages suffisants, on s'exempte de la prison. Bergerac, art. 25 (a. 1322). Bord., 79. Paris, 160, etc. *TAC. Bret.*, 311. Kohler, p. 55. Réaction contre ces conventions, *ib.*, p. 68. *Const. Châtelet*, p. 80.

pour toute sorte de dettes : d'après l'Ordonnance de 1667, 34, 1, la contrainte par corps ne fut permise que dans un nombre de cas limités (1) (par exemple deniers royaux, lettres de change, dettes entre marchands ou prix de marchandises achetées dans les foires et marchés, fermages, dépens, réintégrande, stellionnat). Même dans ces cas les tribunaux pouvaient ne pas la prononcer ; et les clercs, les femmes, les septuagénaires en étaient exempts (sauf exception) (2). La durée de la contrainte fut limitée dans certaines Coutumes (3) ; mais, en général, on permit pourtant de la prolonger d'une manière indéfinie, parce que l'on pensait, non sans raison, que le créancier se lasserait de nourrir le débiteur à ses dépens (4). — La contrainte par corps n'était plus, à la fin de l'Ancien Régime, qu'une voie d'exécution de plus en plus exceptionnelle et fort souvent inefficace : la Convention l'abolit le 9 mars 1793, sous prétexte que « c'était une honte pour l'humanité, pour la philosophie qu'un homme, en recevant de l'argent pût hypothéquer sa personne et sa sûreté (5) ; » en réalité, elle prit cette mesure en haine des riches, auxquels elle imposa en même temps une taxe ; aussi n'hésitait-elle point, quelques jours après, dès le 30 mars, à la faire revivre contre les débiteurs de deniers publics. Sous le Directoire, elle fut rétablie en principe par la loi du 24 ventôse an V (14 mars 1797), organisée par la loi du 15 germinal an VI (6), et elle a subsisté dans notre législation jusqu'en 1867 (7).

(1) L'Ord. de Moulins l'autorisait pour toute espèce de dettes.

(2) Raisons d'humanité, de décence ; privilèges du clergé. Imbert, I, 27. Bout., 2, 20. *Gr. C.*, p. 216. *Quest.* de Lecoq, 392. Roisin, n° 50. Les marchandes publiques sont cependant contraignables par corps. J. d'Ibelin, 115, en exempte les chevaliers. — Elle persista longtemps contre les étrangers. Cf. ci-après, Saisie foraine. Pertile, 6, 368. Lieux où on ne peut pas arrêter. *Ibid.*, 361.

(3) Lille : 6 mois (Roisin, n° 16). Beaum., 51, 7 : 40 jours, pourvu qu'il fasse cession de biens (raison d'humanité). Cf. proverbe allemand : la prison ne paye pas. Saint-Omer, 1127 : *donec debitum solvat retineatur.*

(4) Sur le dernier état du droit, voy. en part. les Ord. de 1566, 1667. Pothier, *Procéd. civ.*, n°s 658 et suiv. Cf. Loysel, 895 (*prise de corps ne se suranne point*, c'est-à-dire ne se prescrit point par an et jour), 896 (villes d'arrêt), 897 (foires, Ord. 1343), 907, 908 (bibl.). Isambert, Table, *h. v°*.

(5) Linguet, *Théorie des lois civ.*, p. 392. Abolition en Toscane, 1782. Pertile, 6, 366.

(6) *Code civ. interm.*, t. IV, p. 72. Fournel. *Contr. p. corps*, an IX. Sagnac, 203, 344.

(7) Cf. C. civ., 16, 3 ; C. Pr. civ., 5, 1, 15 ; L. 4 flor. an VII, et 10 sept. 1807

6. — La **cession de biens** (1), empruntée à la législation romaine, admise de bonne heure dans les Coutumes du midi, pratiquée au nord dès la seconde moitié du treizième siècle (2), permet au débiteur malheureux et de bonne foi d'échapper à la prison pour dettes. Bénéfice, dit-on, et cela est exact eu égard à l'ancienne législation, mais véritable droit, si l'on considère la contrainte par corps comme un moyen d'arracher au débiteur les biens qu'il dissimule (3) ; à quoi bon le tourmenter quand il est certain qu'il n'a plus rien (4)? Pour échapper à la contrainte par corps on exige qu'il se dépouille de tout ce qu'il possède (5), *usque ad sacculum et peram*, dit la Glose ; il ne doit conserver qu'un vêtement et des *pannicularia quae nuditatem cooperiant* ; on ne l'autorise pas même à garder son manteau. Du temps de Beaumanoir, l'abandon porte sur les immeubles comme sur les meubles. Il s'opère en justice et il est probable qu'il en fût ainsi, car les juges devaient s'assurer qu'on n'avait pas affaire à un fripon (6). D'humiliantes formalités accompa-

(contre les étrangers) ; surtout L. 17 avril 1832 ; adoucissements dans L. 13 décembre 1848. Aubry et Rau, VIII, *R. crit.*, 1875, p. 791.

(1) Viollet, *Et. de saint Louis*, IV, p. 261. Kohler, *op. cit.*, p. 43. Esmein, *NRH*, 1883, 118. *Acad. lég. Toul.*, VI, 175. *ZRG*, 7, 452. Glasson, VI, 616.

(2) Arles, etc. Giraud, *Essai*, II, 20, 23, 188, 235, 262. Cf. J. d'Ibelin, 116, Quelques Coutumes du Nord la rejettent. *Ord.*, XI, 389, fidèles en cela à l'esprit de l'ancien droit. Mais la législation royale l'autorise et Beaumanoir, 54, 6 ; 24, 12, la montre appliquée en fait. Ord. 1254, 19 (1256, 17). *Siete Part.*, 5, 15, 4. En beaucoup de lieux, cependant, la cession de biens ne libère pas le débiteur, par exemple Tournay, Marseille, Genève, etc. Kohler, p. 44 (textes).

(3) Les Coutumes méridionales permettent au débiteur de renoncer d'avance au bénéfice de cession de biens ; mais le *Gr. C.*, 2, 17, déclare cette renonciation sans valeur, même si le débiteur l'a jurée, sans quoi il semblerait, dit-il, qu'il se fût obligé à mourir. Loysel, 682. Beaum., 54, 6. Bout., 2, 20. Louet, *C.*, 14, 12. Pasquier, p. 539. Tambour, 2, 397 et suiv., 157 et suiv.

(4) Chaisemartin, p. 268 : le cachot fait souffrir, mais ne paye pas.

(5) Usage de jeter sa ceinture à terre (cf. renonciation de la femme à la communauté). Du Cange, v° *Cessio bon.* Ragueau, v° *Ceinture.* Pasquier, *loc. cit.*, et *Rech.*, 4, 10. Fleury, *Inst.*, 2, 68. Kohler, p. 46. Ord. 1490, 44 ; 1510, 70. Guénois, *Conf. des Ord.*, I, 523. Britz, 800. Cf. ci-après, statuts d'après lesquels le débiteur est dépouillé de ses vêtements. Kohler, p. 49. Italie, Pertile, 6, 391 : séquestre judiciaire des biens ; le débiteur *jurabit manifestare quidquid habet* (juramentum manifestationis). *Ibid.*, 347. Wach, *ZRG*, 5, 439.

(6) Pasquier, *Inst.*, p. 537. Argou, 4, 6. Pothier, *Procéd.*, n° 709. Merlin, v° *Contrat d'abandonnement.* — Sur le dernier état de l'ancien droit, voyez surtout les Ord. de 1667 et 1673. Isambert, Table, *h. v°*.

gnaient souvent la cession de biens (1); la plus connue, celle qui a persisté le plus longtemps, a consisté dans l'obligation de porter le bonnet vert; au dix-huitième siècle, elle est tombée en désuétude (2). Il n'en est pas de même des formalités de publicité destinées à prévenir le public de la situation du débiteur (3); l'Ordonnance de 1673, art. 10, prescrit pour les marchands, la lecture et publication de la cession de biens avec insertion sur un tableau public. Il est d'autant plus nécessaire de prévenir les tiers que le débiteur n'est point libéré par la cession de biens; s'il fait de nouvelles acquisitions, les créanciers ont le droit de les saisir. Tout débiteur assigné en justice peut céder ses biens (sauf en cas de délit): par exception, la cession n'avait pas lieu pour certaines catégories de dettes, catégories si étendues que la cession perd de son importance depuis l'Ordonnance de 1667. Au lieu de faire cession de biens, les débiteurs pouvaient aussi s'adresser au roi et obtenir de lui des **lettres de répit** ou *quinquenelles*, qui, comme l'indique ce dernier terme, avaient effet pendant cinq ans (4).

(1) A Salon, en 1293, il parcourt la ville en braies et en chemise, tête nue, précédé d'un crieur qui sonne de la trompette et proclame qu'on n'ait plus à contracter avec lui. Giraud, *loc. cit. R. de lég.*, 1844, 428. *NRR*, 1878, 370. Kohler, *loc. cit.* — Gui Pape, *Q.*, 143 : *de culo percussit supra lapidem* (à Lyon). Pasquier, p. 542. Du Cange, v° *Cessio bon.* Lattes, *Dir. consuet. lomb.*, p. 122 (bibl.). — Fustigation (Avignon), *NRH*, 2, 371.

(2) U. Robert, *Les signes d'infamie au moyen âge*, 1880. Ragueau, v° *Bonnet vert.* Fleury, II, 168. Louet, C. 56. Pasquier déclare qu'il n'a jamais rencontré dans les rues de Paris d'individu portant le bonnet vert, et Pothier assure que, si les tribunaux ne manquent pas de condamner au bonnet vert, il n'a jamais vu de créancier user du droit de fournir au débiteur ce couvre-chef déshonorant. Kohler, p. 48. Pertile, 6, 387. *Stat. Romae*, 1, 161.

(3) Cf. Argou, *loc. cit.* Bretagne, 681, etc.

(4) **Répits** et **Atermoiements**. — A° *Répit : respectus*, Du Cange, *h. v°*. Ragueau, *ib.* Cod. Just., 7, 73, 8 (*quinquennal, induciae*). Loysel, 682 et suiv. Le roi accorde au débiteur malheureux un délai pour s'acquitter. Ord. 1188 (dettes des croisés; ci-dessus, p. 256, t. II). Au quatorzième siècle, les lettres de répit sont d'usage courant. *Gr. C.*, 2, 17. Bout., 2, 22. Elles doivent être entérinées en justice pour produire effet. Selon Boutillier, la majorité des créanciers (en nombre et en somme) devait y consentir; mais cette exigence paraît ne pas avoir persisté longtemps. Les répits ne sont pas accordés pour les dettes privilégiées (créances du roi, des mineurs, etc.) ou en cas de nantissement. Loysel, 683, 684. On ne peut renoncer aux répits, d'après le *Stil. Parl., de foro compet.*, et l'Ord. 1669, 6, 12 (*secùs*, Loysel, 682). L'effet de ces lettres, dit Pothier, *Procéd. civ*, n° 723, est d'empêcher les créanciers d'exécuter le corps du débiteur ou les meu-

7. — Le **cautionnement** (1), appelé *fidejussio* comme à Rome dans les sources de l'époque barbare (2), *fermansa* (3), *garendia* (4), *plévine* ou *plégerie* (5) à l'époque féodale, avait ainsi qu'on l'a vu,

bles servant à son usage; il leur est permis, cependant, de saisir les autres meubles et tous les immeubles, mais ils ne peuvent les faire vendre avant l'expiration du délai accordé par les lettres. L'Ord. 1673, 9, 5, exclut des fonctions publiques les débiteurs qui ont obtenu des lettres de répit; mais s'ils payent intégralement leurs créanciers, des *lettres de réhabilitation* font cesser cette incapacité. Ferrière, *h. v°*, nous apprend qu'au dix-huitième siècle, les lettres de répit étaient peu en usage; on leur préférait l'atermoiement. — B° L'atermoiement ne se distingue pas du respit dans l'ancienne langue; mais on finit par désigner par là un délai accordé par le créancier au débiteur en vertu d'une convention amiable. Il est d'usage qu'aux délais pour payer se joigne une remise de dette. Ce contrat correspond donc à ce que nous appelons aujourd'hui un concordat. Il suppose le consentement des créanciers qui réunissent les trois quarts des sommes dues. Merlin, *h. v*[is]. — Cf. Italie : Pertile, VI, 381 (*moratoria*). Salvioli, 388. Allemagne : Schrœder, 832. Proverbe allemand : *Quinquenellen in die Hölle gehören.*

(1) Bibliographie. — Ci-dessus, p. 397, 400, 419, t. II. — Sohm, *Procéd. de la l. Salica*, tr. fr., p. 145. — Esmein*, p. 80. — Wodon, p. 77. — Stobbe, § 191 (t. 3, p. 305). — Platner, *Bürgschaft*, 1857. — Heusler, II, § 126; *Zf. schweiz. R.*, 1861, 68. — Kohler, *Shakespeare*, 1883. — Schrœder, 287, 717. — Amira, *OR*, 1, 696; 2, 840. — Paulsen, *Zfd. R.*, 4, 122 (Scandinaves). — Puntschart, 142, 174, 438. — Pertile, IV, 506. — Glasson, III, 247; VII, 647. — Cauwès, *Gr. Encycl.*, v° *Cautionnement.* — Vigié, *Le cautionn. d'ap. la Coul. de Montpellier* (*Soc. archéol. de l'Hérault*, 1882). — *Encicl. giur. it.*, v° *Fidej.* — Endemann, 2, 344.

Sur l'époque moderne, cf. ci-après.

Kovalewsky, p. 112, 151. — Post, II, 664. — Dareste, *Etudes*, p. 59, 77, 113, 198. — Beauchet, *Dr. privé athén.*, IV, 460 (bibl.).

(2) Thévenin, *Textes*, Table, *h. v°. Burg.*, 82. *Wis.*, 2, 1, 10, etc. Du Cange, *h. v°.*

(3) F. de Béarn et autres Cout. méridionales. Ci-contre, p. 431, 435, t. II. *Bai.*, 15, 11. Ratchis, 5 : *causa quae per wadia firmatur.* Franken, p. 207. — F. de Navarre, 3, 16 : *fidadores. Siete Part.*, 5, 12 : *fiadores.* Du Cange, v[is] *Caplevator, Manvelator.* Muñoz y R., *Fueros*, p. 542.

(4) Du Cange, v[is] *Garandia, Warrantus*, etc. *Olim*, Table, *h. v°. Guadimonium* ou *Vadimonium, Lombarda*, 2, 21.

(5) Dans le Nord, Godefroy, *h. v°. Chanson de Roland*, 3847. Etymologie inconnue. *Pleige* = caution. *Pleigerie, plévine* = cautionnement, engagement. Du Cange, v° *Plegius* et dérivés : applégement, contre-plège, franc plège. Bracton, 3, 10, 1 : *omnis homo debet esse in franco plegio* (responsabilité des membres de la décanie, ils sont plèges les uns des autres pour les délits qui s'y commettent) *aut in alicujus manupastu* (dans la dépendance de quelqu'un). *Plegium* au sens de gage, *Ibid.*, v° *Plivium.* F. de Bigorre, 37. Ragueau, v[is] *Applégement. Plège*, etc. Pollock et M., II, 183 (actuellement : gage). — All. *Bürge*, cf. anglo-sax. : *borh.* — Loysel l'appelle *réponse*, 669.

une importance extrême dans l'ancien droit (1). On peut dire que plus la procédure était défectueuse, embryonnaire, plus le rôle des cautions devenait considérable. Le cautionnement n'était pas, comme aujourd'hui, une garantie accessoire, un accident dans la formation des contrats ; il était nécessaire à leur existence (2). A ce moment, il s'applique aux objets les plus divers (3) : on donne des cautions pour garantir le payement d'une dette, pour comparaître en justice (4), pour fournir des preuves, exécuter un jugement, pour assurer qu'un banni ne reviendra pas, qu'un tel ne causera pas de dommage, que les fils du vendeur n'attaqueront pas la vente, etc. Le jour où il cessa d'être rigoureusement indispensable, l'usage de joindre cette garantie aux contrats n'en fut pas moins très répandu : les juges exigeaient des plaideurs des plèges d'*ester à droit* (5) ; la

(1) Sources. Ass. de Jér. J. d'Ibelin, 117 à 130. Ph. de Navarre, 78, 79. C. des Bourg., 67 à 86. P. de Font., c. 7 et suiv. Beaum., 43. *Et. de saint Louis*, I, 108, 122. *Jost.*, p. 83, 87, 93, 105, 274. *TAC. Norm.*, 52. *Summa Norm.*, 59, 89. Glanville, 10. Britton, CV. *Reg. maj.*, 3, 1. *AC. Anjou*, Table, v° *Plège*, *Gr. C.*, 2, 7. Bout., I, 101, *Siete Part.*, 5, 11. Petrus, 2, 43.

(2) Ci-dessus, p. 435, t. II. Kovalewsky, p. 151, 507. Dareste, p. 13, 57, 86, 97, 104, 113, 315. Cf. aussi Horten, *Die langobard. Schuldverpflichtung*, 1896 (t. II, 1896, Personalexecution).

(3) Ex. dans Huber, IV, 875. *Burg.*, 82, 1. *Alam.*, 36, 3. *Capitul.*, éd. Boretius, Index, *h. v°*. Cf. le porte fort, le débiteur solidaire dans notre droit.

(4) Cf., dans le droit moderne, liberté provisoire de l'accusé sous caution. Beaum., 53, 4 : ostagier par bons pleges. Sources anglo-norm. : la caution est appelée *viva prisonia ducis Normanniae*, et à l'inverse on dit : la gaole de Flete est le plege (d'un tel). *Summa Norm.*, 75, 5, *Select. Pleas*, p. 197.

(5) On a vu comment la plégerie était une pièce essentielle dans le mécanisme de l'ancienne procédure. En Normandie, la *querimonia* ou plainte en justice a lieu *datis plegiis de ea prosequenda* (le demandeur doit même amener avec lui des témoins pour rendre sa plainte vraisemblable ; c'est la *secta* du droit anglais. Brunner, *Entst. d. Schwurg.*, p. 170, 428) ; demandeur et défendeur donnent caution *de stando juri*. *Summa Norm.*, 56 ; 59, 10. Du Cange, *h. v°*. Ragueau, v° *Ester*. Au cours du procès, dans l'ancien droit en général, des plèges sont exigés souvent. Franken, § 17. *L. d. droiz*, Table, v° *Plège*. Ragueau, v° *Applégement*. Beaum., 43, 33 et suiv. : la caution *stare juri* est fournie par le demandeur forain seulement ; encore si c'est un pauvre ou un étranger, on se contente de sa foi, 2, 14 (cf. *caution juratoire*, Ferrière, Guyot, *h. v°*). D'après Beaum., *loc. cit.*, le plège d'ester à droit est tenu de tout le procès, c'est-à-dire de payer la condamnation, tandis que le plège de venir en Cour ne répond que de la comparution en justice. P. de F., 8, 5. *Jost.*, p. 87. *C. des Bourg.*, 127. Larroque-Timbaut, 9. La tendance à éliminer les cautions judiciaires se fit jour tout d'abord, semble-t-il, dans le droit canon ; ainsi l'Auth. *Generaliter* n'était

coutume imposait, dans certains cas, l'obligation au débiteur de fournir des cautions (1). Pendant longtemps, ce fut un devoir pour les parents (2) (ou de client à patron) de se servir mutuellement de caution (3); le vassal est tenu, dans quelques Coutumes, de cautionner son seigneur (4). Par la suite, c'est un bon office qu'un ami ne refuse pas de rendre, et qui n'est pas sans dangers pour lui à cause de la rigueur avec laquelle on traitait autrefois la caution, dangers d'autant plus redoutables qu'ils sont dissimulés; la caution croit n'intervenir que pour la forme, elle compte sur la solvabilité du débiteur, et neuf fois sur dix le fardeau de la dette retombe tout entier sur elle. Certains législateurs se sont préoccupés de cette situation (5); ainsi le sénatus-consulte Velléien, à Rome, était fait pour prémunir les femmes contre ces engagements inconsidérés; on leur permettait de s'obliger elles-mêmes, mais non de cautionner autrui (6).

pas appliquée dans les officialités (P. Fournier, p. 146). Tanon, *NRH*, 1882, 497. Plus tard, Loysel put dire, 858 : *les cautions judiciaires n'ont point de lieu entre Français.* Il visait par là la satisdation *judicatum solvi* qu'on n'exigeait plus que du demandeur étranger, parce que, pour lui, la situation de fait qui expliquait la nécessité du cautionnement dans le passé, ne s'était pas modifiée; en rentrant dans son pays d'origine, il pouvait se soustraire aux suites du procès qu'il avait intenté à la légère ou dans un but de vexation. Sur les autres cautions judiciaires, cf. Ferrière. *h. v°.* Ord. 1667, 38. *Tract. univ. juris*, t. 3 (Schenk). Pasquier, *Inst.*, 599. — *Add.* loi écossaise *Quoniam attachiamenta.* Du Cange, *h. v°.*

(1) Cf. ci-dessus, p. 182, t. II (tuteur). *L. d. droiz*, 1008. *Arrestum Sane* à Toulouse, cf. Tardif, *Cout. de Toul., i. f.; Le droit privé au XIII^e s.*, p. 42.

(2) Ci-contre, p. 413, t. II. Dareste, p. 113, 156 (gage, salaire donné à la caution, V). Cf. p. 1367 (à l'inverse). Beaum., 30, 59. Glauville, 11.

(3) A ce moment, on se montre fort exigeant sur la capacité de la caution. Dareste, p. 376 : sont incapables, d'après le *Senchus Mór*, les Canons d'Irlande, les lois galloises, *servus*, *peregrinus*, *brutus*, *monachus*, *femina* (sauf la *domina*, c'est-à-dire la femme qui commande dans le ménage, parce que son apport est supérieur à celui du mari). Voy. ci-après.

(4) Cf. Services nobles. Ep. féodale, t. I. J. d'Ibelin, I, 196. *Summa Norm.*, 59, 10 (*homagiati* et même simples *residentes*) : limites. Beaum., 43, 21. Giraud, *Essai*, II, 136 (habitants sur l'ordre des consuls). *Constil. Sic.*, 3, 14. Pertile, IV, 512.

(5) Chaisemartin, 11. Huber, IV, 855 : précautions prises en Suisse, par ex. nullité des cautionnements conclus au cabaret, défense de s'engager au delà de certaines sommes, inscription sur un registre public, Beaum., 43, 2, 3.

(6) Ci-dessus, p. 156, t. II. Stobbe, § 192. Capacité spéciale pour s'obliger par voie de cautionnement. Voir, pour l'époque féodale, Beaum., 43, 22, 26 et suiv. (f. mariée), 23 (serfs), 38 (clercs), etc. P. de F., 8. Caution *resséantes* c'est-à-dire domiciliée dans la juridiction pour que la discussion des bien, ne soit pas trop difficile. P. de F., 7. Caution *bourgeoise* = solvable, mais originairement on veut dire qu'un bourgeois ne peut être cautionné que

De nos jours, où « l'intérêt pécuniaire domine les relations juridiques, » le cautionnement s'est fait plus rare; il a pris un caractère commercial (aval dans les effets de commerce); il est moins en faveur, car le droit moderne part de l'idée : *Plus cautionis est in re quam in persona.* Loysel, 486, la traduisait ainsi : *Pleige plaide, gage rend* et *bailler caution est occasion de double procès* (1).

8. — **Otage** (2). — La caution primitive ne fut qu'un gage vivant, un otage (3) : c'est sa propre personne, son corps, qui était remis en gage au créancier par le débiteur, *loco wadii* (4) : il devenait quasi-esclave (cf. *mancipium* romain) (5) ; aussi était-il pris d'ordinaire parmi les personnes dans la dépendance du débiteur; c'était quelqu'un de sa mesnie. Le créancier le retenait auprès de lui, en chartre privée parfois ou même aux fers ; il était autorisé à se venger sur lui, si le débiteur n'acquittait pas sa dette à l'échéance, comme il se serait vengé sur le débiteur (mort, mutilation, esclavage pour dettes). Une pareille

par un autre bourgeois de la même ville. *Certificateur* de caution, assurant que la caution est solvable.

(1) Loysel, 669, 670. — Cf. Endemann, *op. cit.*, II, 344.

(2) Du Cange, v^is^ *Obses, Obstagium.* Grimm, *RA*, 620. Haltaus, v^is^ *Geiselschaft, Inlager.* Molinier, *Cond. des débiteurs à Toulouse* (*XII^e^ s.*) (*Acad. lég.*, 1857). Friedländer, *Einlager*, 1868. Le Fort, *L'ôtage conventionnel* (*R. de lég.*, 1874, bibl.). Thümmel, *Z. f. Kulturg.*, 1896, 58. Werminghoff, *ZfG. d. Oberrheins*, NF., 13, 97. Schrœder, p. 287, 717 (bibl.). Stobbe, § 174; *Vertraege*, p. 178. Huber, IV, 877. Kohler, *Shakesp.*, 57. Pertile, IV, 439. Fipper, *Beispr.*, p. 82, n. 22. *NRH*, 1888, 341. Dareste, p. 361. Potgiesser, *Pign.*, p. 291.

(3) Terminologie, *Obstagium.* All. : *Einlager* = internement; *Geisel* = ôtage. — Cf. en dr. rom. : *praes, vas.* Girard, *Manuel*, p. 743. Sur le *vindex*, *ibid.*, p. 874. Maria, Thèse, 1896.

(4) Capit. 803, 8 (I, 114). Greg. T., *H. Fr.*, 3, 15. Charte de 1198 (Molinier, *op. cit.*) : *tenet obsidem vel in pignore* (difficultés entre plusieurs créanciers). On saisit un otage comme on saisit un gage. d'Arbois de Jub., *Etudes de dr. celt.*, p. 255. F. de Béarn, 16 : *thianssers* (gage ou otage).

(5) Huon de Bordeaux a tué le fils de Charles; pour obtenir son pardon, il doit accomplir certains exploits, et en attendant il donne douze otages; Charles, croyant qu'il n'a rien fait, ordonne de pendre ses répondants. La littérature est d'accord avec le droit; cf. liberté des accusés sous caution. Proverbe : *Bürgen soll man würgen* (on doit étrangler les cautions). Chaisemartin, 11. En matière criminelle, la caution subit la peine méritée par celui dont elle garantit la comparution s'il ne se présente pas au jour fixé. Cf. La Caution de Schiller. *Sachsensp.*, 3, 9, 1. — Le droit changea sur ce point (personnalité des peines), et Loysel put dire, 4, 5, 1 et 3 : *qui répond pour un criminel, corps pour corps, avoir pour avoir, n'en est pourtant tenu que civilement.* Cf. déjà Beaum., 43, 24, 25. Roisin, 408.

perspective devait amener l'otage à ne négliger aucun moyen pour décider le débiteur à se libérer. On s'explique aussi dès lors deux des traits les plus remarquables du cautionnement primitif : 1° en donnant une caution, le débiteur se libère ; 2° la mort de la caution anéantit le droit du créancier ; le fait d'être entre ses mains, comme un gage, ne pouvait se transmettre aux héritiers de l'otage. On comprend même que le créancier eût à nourrir son otage (1), ce qui a donné lieu au brocard : *festin d'otage*, *festin coûteux* (2). Pour éviter ces frais, le créancier se dessaisit de la personne de son otage ou plutôt n'exige pas qu'elle lui soit remise aussitôt le contrat conclu. Il se contente de la promesse que l'otage se rendra à première réquisition au lieu qui lui est assigné d'avance ou qui lui sera assigné après coup, ville, château, hôtellerie, et d'où il lui est interdit de s'éloigner jusqu'à ce que la dette soit payée (3). Les lois ne se préoccupent guère de l'exécution de cette promesse, parce qu'on se faisait un point d'honneur de la tenir ; et, au besoin, l'excommunication aurait eu raison de l'otage récalcitrant (parjure ou quasi-parjure) ou bien on se serait saisi de lui par la force (intervention des magistrats) (4). La prison fermée était la peine naturelle de l'infraction de l'arrêt ; Beaumanoir recommande de donner à l'otage qui a encouru ce châtiment une nourriture meilleure que celle des prisonniers pour vilain cas (5). En même temps, on mettait à la charge de l'otage, et par suite du débiteur, les dépenses occasionnées par son séjour (6). Perfectionnements réels, certes, mais qui ne purent préserver cette institution surannée de la désuétude à laquelle elle était vouée (7). Il n'en

(1) En tout cas, il fait l'avance de sa nourriture. Il est même responsable des délits que l'otage peut commettre.

(2) Chaisemartin, p. 264 : *Giselmahl höstlich Mahl.* On les voit souvent mener joyeuse vie (si bien qu'en 1577, en Allemagne, on interdit d'avoir des otages pour des raisons de police. Le Fort, p. 428. Cf. Beaum., 51, 7 (régime meilleur que celui des malfaiteurs) ; 43, 32 et suiv. (détails).

(3) Il était interné, prisonnier sur parole. Giraud, *Essai*, II, 189 (Arles), 23 (Aix).

(4) Le Fort, p. 431.

(5) 51, 7 ; 43, 22 et suiv. Cf. *Const. du Châtelet*, § 73. Mais en général il n'est pas permis de le jeter *in vincula et carcerem* ; il suffit d'empêcher qu'il prenne la fuite. *Add.* Lœning, *Vertragsbruch*, p. 239.

(6) Moyen de contrainte indirect en ce cas.

(7) Jean Faure, *Inst.*, I, 3, se demande si on peut s'obliger *ad carcerem vel ad tenendum ostagia* ; cf. 4, 6. D'Argentré, *s. Bret.*, 117. Beaum., 51, 7 : 40 jours de prison au maximum (cf. gage). *AC. Bret.*, 311, 312. Règl. des

est guère question passé le quinzième siècle (1). Mais si elle a disparu du droit privé, elle s'est maintenue plus longtemps dans les rapports de nation à nation et l'on y revient dans les moments de crise : c'est ainsi que la Commune a eu ses otages.

9. — La **fidéjussion** ou **plégerie**, qui remplace l'*obstagium* ou coexiste avec lui, a retenu, sous sa forme primitive, beaucoup de ses traits ; elle en diffère en ce que la responsabilité corporelle du garant passe au second plan ; ce n'est plus une satisfaction presque équivalente à un payement et empêchant par suite la formation de l'obligation encore plus qu'elle n'en garantit l'exécution. Elle se forme par voie de *fides facta* d'abord et, par la suite, de fiance ou de paumée. Au premier cas, le débiteur tend la *festuca* ou le *wadium* au créancier et celui-ci remet à son tour au fidéjusseur l'objet qu'il a reçu (2) ; en l'acceptant, le fidéjusseur dégage le débiteur principal (3) et prend la dette à sa charge (4). C'est, du moins, ce qui semble résulter de ce symbolisme obscur si on l'interprète à l'aide du régime primitif du cautionnement dont il accuse alors les traits dans un cadre rigide (5). Avec la pratique de la fiance ou de la paumée, l'institution peut s'assouplir ; ses effets ne sont plus imposés par les formes qu'il revêt ; en même temps l'influence de l'archaïque

consuls de Toulouse, 1198, 1200. Fr. de Béarn, r. 16. — Prohibition en 1366, Frioul ; en 1396, Milan ; en 1577, Allemagne. Kohler, p. 67, 376.

(1) A Bâle-Campagne, on en trouve au dix-huitième siècle. Huber, IV, 880.

(2) Pratique franque et lombarde. Esmein, p. 47, 73. Franken, § 17. Sohm, *op. cit.* Val de Lièvre, *Launegild*, p. 184, 215. Cf. Thévenin, *NRH*, 1880, 456. — Citons en partie les textes suiv. Thévenin, *Textes*, n° 109, etc. Rozière, *Form.*, n° 465. *Roth.*, 182, 360. *Liut.*, 32 et suiv., 128. Pardessus, *Dip.*, n° 424. *Bai.*, app. 4 : *cum sinistra porrigat wadium... alter suscipiat et donet illud vicessoribus* (pour *fidejussoribus*). D. Vaissete, *Preuves*, n° 109. *L. Fr. Cham.*, 16. Edit. Chilp., 6 (cautionnement de soi-même). Ci-dessus, p. 435, t. II. Aripr. et Alb., 2, 21 : dans les trois jours, le débiteur doit libérer la *wadia* en fournissant des fidéjusseurs, sinon il paye 12 sous par jour de retard.

(3) La *wadia* est *libérée*. *Liut.*, 37, 128. *Roth.*, 360.

(4) Il a désormais le gage du débiteur, et on comprend qu'il puisse l'atteindre ; mais ce qui ne résulte pas clairement de l'acte, c'est qu'il soit lié lui-même envers le créancier ; il aurait dû pour cela lui remettre son propre *wadium*. On a prétendu que la *festuca* qui lui était remise devait servir à exécuter le débiteur. Ci-dessus, p. 423, t. II. *L. Sal.*, 50, 3. Cf. Schrœder, p. 220.

(5) *Josl.*, 19, 38. Esmein, p. 107. *Cart. de Saint-Victor*, n° 143 ; d'Avenay, n° 54. Cf. plégerie simple par engagement verbal dans la *Summa Norm.*, 89, 3.

obstagium se fait moins sentir : les changements sont ainsi facilités. — En tenant compte des formalités dont il vient d'être question et de l'influence de l'*obstagium*, on n'a pas de peine à s'expliquer que la caution primitive n'ait eu ni le bénéfice de discussion, ni le bénéfice de division et que son obligation n'ait pas été transmissible à ses héritiers (1). — Elle n'a pas le bénéfice de discussion ; sa responsabilité n'est point subsidiaire comme de nos jours ; elle est tenue en première ligne comme le principal obligé ; elle couvre le débiteur (2). On se demande même si celui-ci n'est pas complètement libéré, au moins vis-à-vis du créancier, par cela seul qu'il a fourni une caution ; c'est à elle à s'efforcer d'amener le débiteur à exécuter son engagement, mais le créancier n'aurait en aucun cas le droit de poursuivre ce dernier ; il ne pourrait que s'adresser à la caution. En d'autres termes, la caution est responsable vis-à-vis du créancier, le débiteur vis-à-vis de la caution. Telle est bien la tendance de l'ancien droit germanique (3) et les documents de l'époque franque y cèdent quelquefois en dégageant le débiteur principal (*is qui sub fidejussore discesserit*) (4) ou même en permettant au débiteur de se cautionner soi-même, ce qui n'aurait pas de sens, si le créancier avait pu s'attaquer à lui en sa simple qualité de débiteur (5). Dans d'autres cas, sous l'influence

(1) Ci-dessus, p. 398, t. II. Esmein, *NRH*, 1887, 48, explique par l'idée générale de l'intransmissibilité des dettes, que ce soit celles des cautions ou celles des débiteurs principaux, diverses règles du droit romain : on ne peut ni stipuler ni promettre pour après sa mort, intransmissibilité passive des actions pénales, passive et active des actions *vindictam spirantes, adstipulatio*. Pertile, § 130. Cf. règle : *le vif n'exécute pas le mort*. Ci-après, Saisie. Dareste, p. 77, 94, 95. Argou, 2, 7. Le roi ne paie pas les dettes de son prédécesseur. Is., I, 279.

(2) Explication donnée par Esmein, p. 87 : on ne choisit pas toujours son débiteur (p. ex. délit) ; on choisit sa caution et on la prend solvable, de sorte qu'il est plus naturel de s'attaquer à elle qu'au débiteur. Mais cf. ci-contre.

(3) Danemark. *Jüt. Lov.*, 2, 62, 64 : qui donne caution n'est responsable envers personne autre que la caution. Dareste, p. 113, 263. *Lib. Pap. Roth.*, 178, 3.

(4) *Burg.*, 19, 5; 4, 7; 83, 1. *Sal. Extrav. B.*, 6 (Hessels) : le débiteur est libéré si le fidéjusseur meurt après avoir reçu le gage. *L. Fr. Cham.*, 16. *Roth.*, 245, 366. *Ratch.*, 8. *Aist.*, 21. *Liut.*, 36 et suiv. Procès de 692. Bethmann-Hollw., *Civilproz.*, I, 558. Geffcken, *Sal.*, p. 287 (bibl.).

(5) Ci-dessus, p. 435, 436, n. 1, t. II, *i. f.* Ed. Chilp., 6 (lire *inium* et non *mithium*) : *ut ipse in sinextra manu festucam teneat et dextera manu auferat* (c'est-à-dire *offerat*). Dans l'opinion commune indiquée ci-dessus en

romaine, ils permettent au créancier d'agir aussi contre le débiteur (1) : mais, en général, s'il procède de la sorte, le fidéjusseur est libéré (2) ; et, en tout cas, la caution poursuivie en premier lieu est dans la nécessité de s'exécuter ; elle n'a pas la faculté de renvoyer le créancier et de l'inviter à se venger d'abord sur les biens du débiteur, règle qui se retrouve encore au treizième siècle dans beaucoup de Coutumiers (3). Ainsi, Beaumanoir, 43, 21, suppose que le créancier demande à la caution de *faire comme bon plège*, sans que le débiteur en soit instruit ; la caution a le choix de payer sur-le-champ ou de donner un gage ou *namp* suffisant, afin de gagner du temps, de se procurer de quoi payer ou d'agir contre le débiteur (4). Elle doit faire tout ce qui dépend d'elle afin d'assurer le payement de la dette (5), s'entremettre pour faire comparaître le débiteur en justice (6), peser de tout le poids de son autorité morale ou

premier lieu, la *festuca* passe par trois mains, comme au cas de cautionnement par un tiers. Geffcken, *Sal.*, 271. Schrœder, p. 291. Sohm, *loc. cit. Eheschl.*, p. 41. Brunner, II, 368. Esmein, p. 83. Franken, p. 234. Heusler, 2, 242. Huber, IV, 875. *NRH*, 1879, 342 : 1880, 77. Cf. *Jût. Lov.*, 2, 104.

(1) Le bénéfice de discussion n'existait pas, au moins en principe, avant Justinien. Nov. IV. On lit dans la *L. rom. Wis.*, Gains, 2, 9, 2 : le créancier a le droit de s'attaquer à son choix au débiteur ou au fidéjusseur. *Liut.*, 108. *L. Sal. loc. cit.* (cf. t. 50) (Geffcken, 287) : s'ils sont tous deux en vie, le débiteur est tenu de payer d'abord. *NRH*, 1880, 457. 1879, 336. Amende contre le débiteur qui laisse exécuter la caution. *Burg.*, 19, 8, 9. *Liut.*, 40. *Et. de saint Louis*, I, 122 (choix du créancier). Triple sommation du débiteur dans le droit burgonde et lombard. *Roth.*, 245. Mais le créancier n'a pas à prouver l'insolvabilité de celui-ci pour attaquer la caution. *Ratch.*, 8. Cf. Petrus, 2, 27.

(2) Faux Cap., 3, 334. *L. Rom. Cur.*, 22, 12. Esmein, p. 86. Baluze, *Cap.*, 1, 154. Paul, *Sent.*, 2, 17 (effet de la *litis contestatio*). A Neufchâtel (Suisse), jusqu'en 1855, le créancier qui commence par s'attaquer au débiteur perd tout recours contre la caution. Huber, IV, 883. Stobbe, III, 308.

(3) *Et. de saint Louis*, I, 122. *AC. Bourg.*, 5, 3. Lille, 143. Toulouse, 76. Montp., 72. *Sachsensp.*, 3, 85, 1. *Schwabensp.*, I, 6. Pas de dénonciation préalable au débiteur. Beaum., 43, 1. Mais la caution commet une imprudence en ne le mettant point en cause. *Ibid.*, 43, 10, 12. Pasquier, *Inst.*, p. 585 : le débiteur et la caution peuvent être poursuivis sans discussion pour dettes envers le roi. *F. de Béarn*, éd. Mazure, p. 294 (renonciation aux trois bénéfices romains de disc., div. et cession d'act.).

(4) *Summa Norm.*, 59, 7. Il est clair qu'on s'acheminait par là vers la reconnaissance du caractère subsidiaire de la plégerie.

(5) Ce qu'elle fait, par exemple, en saisissant les biens ou même la personne du débiteur et en les donnant en payement au créancier. Exemple dans Pertile, *loc. cit. Burg.*, 19, 7.

(6) Beaum., 43, 25. Glanville, 10, 5, 5.

de son pouvoir physique pour le contraindre à s'exécuter (1). — Contre la caution le créancier est armé des moyens d'action énergiques de l'ancien droit, la contrainte par corps (2), surtout la saisie privée (3); et, à son tour, la caution en use contre le débiteur (4), tenu envers elle au double (5). Il est même à remarquer qu'en cette matière l'usage de la saisie privée se maintint plus longtemps que pour les dettes ordinaires (6). — Entre cofidéjusseurs, il n'y avait ni division, ni recours (7). Le créancier était fondé à réclamer toute la dette à celui qu'il lui plaisait (8); les autres se trouvaient libérés par un seul payement et ils n'avaient ni à contribuer d'avance à la *solutio*, ni à dédommager après coup le *solvens* (9). — Enfin, dernier trait caractéristique de l'ancienne fidéjussion, l'obligation de la caution ne passe point à ses héritiers (10) et meurt avec

(1) Pertile, IV, 505.

(2) Ass. de Jérus., *C. des Bourg.*, 39, 58, 80, 112. Alais, 7, dans *Olim.*, IV, 1486. *Const. Châtelet*, 71 (en vertu d'une clause spéciale). Mais, d'après Beaum., 43, 18, 24; 30, la caution n'engage pas son corps. *TAC. Norm.*, 52. Ci-après.

(3) Ci-après, Voies d'exécution. *Liut.*, 108 et suiv. Beaum., 43, 15; 30, 51 et s. Dans le comté de Clermont, nul ne peut *prendre de son plège par abandon, sans soi plaindre à la justice*, sauf à Creil et dans quelques autres lieux. Du Cange, v° *Abandum*. Ass. de Jér., *C. des B.*, 76, 77. Ci-dessus, p. 287, t. II.

(4) Même avant d'avoir été poursuivie. *Liut.*, 39, 40. Ci-après, *Burg.*, 19, 82, 96. *Extr.*, 21, 8. Mais la *L. Burg.*, ne parle pas d'une saisie pratiquée par le créancier sur le débiteur; il n'y est question que d'une sommation pour la forme; la caution est responsable envers le créancier, le débiteur envers la caution. — Esmein, p. 90. Dareste, p. 113 (gage préalable donné à la caution; p. 198 (privilège); p. 156 (salaire).

(5) *L. Fr. Cham.*, 16. *Cap. de Parl. Sax.*, 27. Papien, 14, 8. *Liut.*, 108. Sickel, *Bestr. d. Vertragsbr.*, 10. Esmein, 88, 97, 137. Id. en dr. hindou, irlandais, etc. Kovalewsky, p. 153. Dareste, *Et.*, p. 77. Collinet, *NRH*, 1895, 653. *A. depensi* à Rome.

(6) Beaum., 43, 15. *Et. de saint Louis*, I, 122. *Jost.*, 19, 26, 38, 47, 174. *L. d. droiz*, n° 194. Ass. de Jér., *C. des B.*, 74. *AC. Artois*, 22, 4. *AC. Bayonne*, 153.

(7) Glanville, 10, 5. Ass. de Jér., *C. des B.*, 72, 78. *Const. du Chât.*, 73, 76. Beaum., 43, 7, 5. Montp., 72. Pasquier, *Inst.*, p. 589. — Dareste, p. 90.

(8) Il choisissait le mieux *apparissant* (le plus solvable en apparence).

(9) Le *solvens* pouvait simplement demander à l'amiable aux autres une contribution immédiate ou une promesse d'indemnité; il n'était pas sûr de l'obtenir, à moins que cela n'eût été convenu.

(10) Gaius, 3, 120 (*sponsor, fidepromissor*). *Burg.*, 82, 2. Capit. 875, c. 42. Esmein, 89. — Pour l'époque féodale, cf. *Summa Norm.*, 59. J. d'Ibelin, 129; *C. des Bourg.*, 78. P. de F., 9, 5. Beaum., 43, 4. *Jost.*, 2, 12, 3. Bout.,

elle (1), ce qui en fait une garantie très fragile en un sens, si elle est très forte en un autre, par les droits qu'elle donne au créancier; il est probable qu'on atténuait ce risque en multipliant les cautions.

10. — Le **cautionnement moderne** (2) s'est formé, à l'imitation de la fidejussion romaine, par un progrès spontané de la législation : à mesure que le payement des dettes est mieux assuré par la loi et les mœurs, les cautions deviennent moins utiles (3) ; elles cessent d'être aussi étroitement tenues (4) ; leur engagement est tout à fait accessoire (5) ; c'est à leurs biens et non à leur personne que le créancier s'attaque ; aussi les héritiers de la caution n'ont-ils aucune raison de se soustraire à cette charge (6). Par là, ce que le créancier perd d'un côté, il se trouve le gagner d'un autre : si son action contre la caution est moins énergique, elle est plus sûre. Déjà au treizième siècle, le Grand Coutumier de Normandie (7) oppose le plège simple, dont

I, 101. Montp., 13. *AC. Bourg.*, 78. — Cf. **X**, 3, 22, et les comm. Hostiensis, G. Durand, etc.

(1) On a dit qu'un bon office était personnel. Mais c'est justement quand il est un bon office que le cautionnement devient héréditaire. Esmein, *NRH*, 1887, 51. Dareste, p. 76.

(2) Ferrière, Denisart, Guyot, *h. v°* (bibl.). — Charondas, *Pand.*, 2, 36. — Domat, 3, 4. — Argou, 4, 1. — Pothier, *Oblig.*, 2, 6. — Bourjon, 6, 1, 5. — Serres, *Inst.*, 3, 21, *de fidej.* — Schrœder, p. 717 (bibl.). Stobbe, § 192.

(3) Pas de formes pour le cautionnement (cf. Beaum., 39, 69. *Summa Norm.*, 89, 3), pas plus que pour les contrats ordinaires. Roisin, 25, 47.

(4) La *solidité* ou *solidarité* ne se distinguait pas du cautionnement ancien; elle n'a acquis une existence à part que du jour où le cautionnement a pris sa forme nouvelle et perdu de sa rigueur. Argou, liv. IV. Ci-contre, p. 436, t. II. Glasson, 7, 599.

(5) Conséquences. Pothier, *Olig.*, n° 373 (atermoiement, contrainte par corps).

(6) L'obligation du plège est devenue héréditaire, tantôt par suite d'un privilège (créances du souverain. Beaum., 43, 9), tantôt par suite d'une clause spéciale ou de la forme qu'elle revêt (*pleigerie stipulaire*, Bout., I. 101). P. de F., 9. 5. Imbert, 3, 16; enfin elle passait aux héritiers quand le plège avait été actionné en justice. Beaum., 43, 4. Cf. *L. Rib.*, 67, 1. Dig., 50, 17, 139. Esmein, *NRH*, 1887, 57. D'après les Ass. de Jér., *C. des B.*, 78, les biens du plège sont saisis et vendus, si le débiteur est insolvable; en effet, en supposant qu'il ne fût pas mort, il aurait dû payer ou donner des gages. D'une manière générale, on peut dire que les raisons en faveur de l'intransmissibilité n'existaient plus et qu'on sous-entendit la clause d'hérédité. Ci-après, Successions. Cf. dr. anglais, clauses de ce genre (*specialty binding the heir*). Heusler, II, 548. Hérédité d'après le M. de Souabe, 7, 289 (Stobbe, 191).

(7) *Summa*, 59, 89. Bout., I, 101. *L. d. drotz*, 143.

l'obligation est personnelle à celui qui s'est constitué *plège et débiteur*, c'est-à-dire qui a obligé lui et ses hoirs (1). L'hérédité ne tarde pas à devenir la règle. De son côté, le créancier dont la sûreté se renforce, qui cherche des biens plutôt qu'une personne (2), est dans l'obligation de poursuivre avant tout le débiteur, et ce n'est que s'il est bien constaté que celui-ci est insolvable qu'il pourra s'en prendre à la caution (3); celle-ci est uniquement un débiteur en second, un *segond detors*, comme disent les Assises de Jérusalem; sauf dans quelques Coutumes attardées, elle jouit du bénéfice romain d'ordre ou de discussion (4). A la caution simple, tenue subsidiairement et à défaut du débiteur principal, on oppose (5) la *caution solidaire* que l'on regarde, par une curieuse interversion de l'ordre historique, comme ayant renoncé au bénéfice de discussion (6), alors que c'est la caution simple qui l'a acquis. Le bénéfice de division (7) ne pouvait manquer de se joindre au bénéfice de discussion (8) :

(1) Les héritiers sont des plèges d'aventure. *Summa*, 60, 12.

(2) Pourvu que la poursuite du débiteur ne soit pas trop difficile et que ce ne soit pas justement afin de l'éviter que l'on a eu recours à la fidéjussion.

(3) Le pleige poursuivi par le créancier avait dans notre ancien droit deux moyens de défense, l'un d'origine coutumière, l'autre d'origine romaine : 1° l'*exception de garantie* lui permettant de mettre en cause le débiteur principal (ou ses cofidéjusseurs). J. d'Ibelin, 124. Beaum., 43, 21. *Gr. Cout. de Norm.*, 60, 89. — 2° *Le bénéfice de discussion* (Glanv., 10, 3, 4. *AC. Anjou*, t, I, p. 328; cf. *Et. de saint Louis*, I, 122. *L. des droiz*, 620. Bout., 1, 120) au moyen duquel le fidéjusseur renvoie le créancier à poursuivre le débiteur principal avant de s'attaquer à lui. *Bret.*, 150, 207. Masuer, t. 2. Imbert, I, 20. Rubuffe, de *litt. obl.*, 1, 2, 88. Pothier. *Proc. civ.*, n° 90. L'exception de garantie sert surtout à la caution qui a renoncé au bénéfice de discussion ou de division. On oppose cette garantie en matière personnelle ou *garantie simple* (la caution n'est pas mise hors de cause) à la *garantie formelle* (en matière réelle). Esmein, 148.

(4) Statuts italiens cités par Pertile, IV, 508.

(5) Qui se porte plège et débiteur oblige ses hoirs et libère parfois le débiteur principal; alors la clause vaut expromission. *Gr. C. Norm.*, 60. *L. d. droiz*, 143.

(6) P. de la Janès, II, 338, 345, constate qu'il était d'usage de renoncer aux bénéfices de discussion et de division. La caution judiciaire n'en jouissait pas (mais il en était autrement de son certificateur), ni les codébiteurs solidaires (même en pays de droit écrit, quoique, dit-on, la Nov. 99 semble leur avoir accordé ces deux exceptions). Cf. Loysel, 367. L'Hommeau, p. 312.

(7) *Beneficium novae constitutionis.* Nov. 4. Pertile, IV, 510. *F. de Béarn*, éd. Mazure, p. 294.

(8) Droit de mettre en cause ses cofidéjusseurs (garantie); puis bénéfice

les mêmes raisons d'équité le firent admettre au quinzième siècle par la pratique judiciaire, et un peu plus tard, la caution qui avait payé sans demander la division de la dette obtint même une action contre ses cofidéjusseurs (1). Le recours du fidéjusseur contre le débiteur principal (2), au lieu de s'effectuer comme autrefois par la voie de la saisie privée, n'offrit d'autres particularités que l'exercice possible des droits et actions du du créancier (3) (*bénéfice de cession d'actions*) (4).

§ 8. — *Exécution sur les biens et sûretés réelles*

1. — **Les meubles sont le siège des dettes** (5). — Anciennement, c'était la personne du débiteur qui répondait de ses dettes : par voie de conséquence, les meubles qui font corps avec la personne (*ossibus inhaerent*) se trouvaient en répondre aussi. Le débiteur donnait ses meubles en gage au créancier ou bien celui-ci les saisissait faute de payement (6). Les immeubles leur échappaient, parce qu'ils appartenaient à la famille ou à la tribu plutôt qu'à l'individu : *Qui n'a que des immeubles est insolvable* (7). Le système féodal renforça cette règle ; en effet, il ne

romain de division Masuer, 29, 23. Roisin, p. 47. *AC. Anjou*, t. II, p. 441 ; IV, 259.

(1) D'Argentré, *s. Bret.*, art. 213. Cf. Pasquier, *Inst.*, p. 599.

(2) Les privilèges dont était muni le recours du fidéjusseur contre le débiteur principal disparaissent des Coutumes (Cf. cep. Bret., 204) en même temps que certaines règles défavorables qui en étaient comme la contrepartie : pas de recours s'il nie son obligation et qu'on la prouve contre lui. J. d'Ibelin, 117, 126 *C. des Bourg.*, 69 (perte de réponse en Cour). Toulouse, 75. Beaum., 43, 6, 39. *Jost.*, 18, 7, 3.

(3) *Contre-brevet de plégerie* dressé par le notaire.

(4) Statuts italiens depuis le quatorzième siècle. Pertile, IV, 508. Toulouse, 81. Par son fait, le créancier perd les garanties de payement qu'il avait lors du cautionnement ; la caution est déchargée. P. de la Janès, II, 342. — Novation, Beaum., 43, 11, 12 (répit). Ass. de Jér., *C. des Bourg.*, 71, 73, 79. *Const. du Chât.*, § 79 (concession d'un terme). — Cas où la caution peut exiger sa libération par le débiteur : *vergit ad inopiam*. Stat. de Trieste, 1550 ; au bout d'un an, Ravenne, 1471 ; de dix ans, Brescia, 1313. Pasquier, *Inst.*, p. 595. *Siete Part.*, 5, 12.

(5) Cf. ci-après, Exécution sur les immeubles.

(6) Loisel, 326. Esmein, p. 168. Difficultés pour l'admission de la saisie immobilière et même lorsqu'elle fut admise, caractère subsidiaire qu'elle eut toujours. Beaum., 54. *L. Sal.*, 50 : le créancier ne saisit que les meubles ; 58 : le débiteur insolvable a donné au créancier sa *facultas*, c'est-à-dire ses meubles. Cf. Gelfcken, p. 180, 218. Dr. anglais, cf. Esmein, 164.

(7) Axiome allemand.

fut pas permis au vassal et au censitaire de compromettre, en s'endettant, le domaine direct du seigneur ; aussi disait-on que *les fiefs ne portent aucune dette*. Ce qui était d'accord avec la tendance persistante dans le sens de la conservation des biens fonciers dans les familles (1). Mais on a déjà vu comment disparurent ou s'atténuèrent ces vieilles idées si contraires aux règles du droit romain. La conséquence en fut que les immeubles devinrent saisissables et que les dettes pesèrent sur le patrimoine tout entier et non plus sur une catégorie de biens. Si le principe du très ancien droit a été abandonné complètement dès le quatorzième siècle en France (2), les distractions du législateur en ont conservé des traces jusque dans le Code civil (3). En Angleterre, il a duré presque jusqu'à nos jours (4).

2. — Le **gage mobilier conventionnel** (5). — A° **Conception primitive.** — *Sans possession pas de gage*, peut-on dire, car l'ancien droit n'a connu que ce que les Allemands appellent le *Faustpfand* (6), gage du poing, gage remis de la main à la

(1) Conséquences de la règle : 1° On ne peut saisir que les meubles dans le très ancien droit; dans le droit postérieur, on ne peut saisir les immeubles qu'à défaut de meubles ou si ces derniers ne suffisent point à désintéresser les créanciers. — 2° Dans une succession, l'héritier de meubles a seul à payer les dettes; l'héritier des immeubles ou, du moins, des propres les recueille sans contribuer au payement des dettes; la charge des dettes pèse aussi, à défaut de meubles, sur les acquêts immobiliers qui appartiennent à l'héritier des meubles. Beaum., 12, 6. Cf. P. de Font., p. 138. Guy Coquille, s. Niv., 35, 4 : « cet art. a été accordé du temps que l'opinion commune du palais et auditoires du pays coutumier de France était que l'héritier des meubles devait payer les dettes mobiliaires du défunt; depuis, avec grande raison, on a reçu l'autre opinion que les dettes doivent être payées par toute sorte d'héritiers. » D'après cette formule, le passif mobilier aurait suivi l'actif mobilier, et le passif immobilier l'actif immobilier. Mais il n'y a là qu'un premier pas vers l'abandon définitif du vieux principe. — 3° Les dettes de chaque époux tombent dans la communauté conjugale à la suite des meubles; dans le régime sans communauté, les dettes de la femme sont à la charge du mari parce qu'il prend les meubles; la femme noble renonce aux meubles pour n'avoir pas de dettes à payer. — 4° Même charge pour le baillistre. — 5° L'exécuteur testamentaire a la saisine des meubles et en même temps l'obligation d'acquitter les dettes.

(2) Ci-après, Exécution sur les immeubles.

(3) Art. 1409.

(4) Lehr, *Dr. anglais*, p. 157.

(5) Schrœder, p. 260, 665 (bibl.). Kohler, *Pfandr. Forsch.* (cf. compte rendu dans *ZSR. GA*, 1885, 200). Heusler, § 116. Brunner, § 110. Ci-dessus, p. 220, t. II, et suiv. Pertile, § 154. Franken, p. 266 et suiv.

(6) Terminologie (la même en général pour le nantissement mobilier ou immobilier). Gage, wage, *vadium*, *guadium*, *gaigium*, *vadimonium*. Thé-

main (1). On a déjà vu quelle avait été la fonction du gage dans la formation des obligations conventionnelles. Par la remise du gage, le créancier obtenait satisfaction complète (2); désormais, il n'avait rien à réclamer au débiteur : il était payé d'avance (3). Le débiteur avait simplement la faculté d'en exiger la restitution en donnant ce qu'il avait promis (4). Le créancier gagiste acquérait donc la propriété et la saisine du gage : il pouvait le retenir à l'encontre de tous, le reprendre, si on le lui enlevait, au moins en cas de vol ou de perte (5). Il avait le droit de s'en servir et d'en tirer parti (6), sous sa responsabilité; car

venin, *Textes*, Table. Ragueau, v^is *Desgagement*, *Contre-gage*. Gager une amende, c'est-à-dire fournir un gage pour garantir son payement; gager la loi, gager ses meubles. Gages dans le sens de salaire, Giraud, *Essai s. l'hist. du dr. fr.*, II, 28, et Bourg., 125. Bourdot de Rich., 3, 234. Cf. l'allem. *Wette*, *Gewette*. — Nans, namps, *namium*, cf. allem. *nahme*, *nehmen* (prendre). Nantissement = mise en gage. — *Phand* (allem.), *pant* (*L. Fris.*, *Add.*, 8, 2), *Pfand*. Contrepan, Giraud, 2, 418. Ragueau, *h. v°*. Hainaut, 95 : rentes contrepannées sur un héritage. — *Pignus*, *penh*, *pignorare*. — *Abotum*, about, contrabout. — *Assignare*, assignat, assènement, assiette (*assignare pecuniam super terram*). — *Obligare*, obligation, *impedire*, encombrer, *embargar* (Béarn), *thiansser* (id.), *poderium*, *poderagium* (C. de Toulouse). — Du Cange, Ragueau, *h. v^is*. Brunner, 2, 445. Franken, *op. cit.* — *Fiducia*, chez les Lombards, pour le gage conventionnel. Pertile, 4, 515. — Toulouse, 131 : *ponere bannum in bonis*.

(1) Bout., 1, 64, 102.

(2) *Liut*, 108, permet cependant au créancier de réclamer le payement de ce qui lui est dû, quand la propriété du gage lui est acquise.

(3) Ci-dessus, p. 423, 434, t. II. Dareste, p. 57 (contrats révocables). Sur la question de la formation des obligations conventionnelles et sur le point de savoir si la responsabilité peut exister indépendamment d'une dette, cf. aussi Horten, *Personalexecution*, 1894, et von Schwind, *Wesen u. Inhalt des Pfandrechts*, 1899 (compte rendu par Pappenheim, dans *KVJ*, t. 42, p. 513). Ord. 1206, 7.

(4) Cf. alién. fiduciaire à Rome. Cout. du Valais, 104.

(5) Ci-dessus, p. 220, t. II et suiv. Cf. engagement d'immeubles. Les meubles sont plus exposés à périr ou à se détériorer que les immeubles. Ils se conservent mieux si on n'en use pas, tandis que le créancier qui a reçu un immeuble en gage ne peut se dispenser de s'en servir, par exemple pour le cultiver. Si le gagiste livre le meuble à un tiers, celui-ci en devient propriétaire *erga omnes*; peu importe que l'acte ait eu lieu avec l'assentiment du constituant ou malgré lui; en matière immobilière, il ne suffit pas de mettre un tiers en possession pour empêcher le propriétaire de revendiquer. Sur le droit de suite, en matière mobilière, cf. ci-dessus, *loc. cit.*, et dans le droit actuel, *Saisie-revendication*. Glasson, *Procéd.*, 2, 436.

(6) Pour les gages mangeants (*essende Pfänder*), il était naturel de permettre au gagiste de s'en servir, puisqu'il avait à supporter les frais d'entretien. Sur leur peine fortuite, cf. Heusler, II, 204. Huber, 4, 822, n. 21. Cf. *Wis.*, 5, 6, 4.

si, à l'échéance, lorsque le débiteur lui en demandait la restitution, il se trouvait dans l'impossibilité de l'effectuer, sa responsabilité était engagée; il répondait de la perte totale ou des dégradations, sans distinguer entre les cas fortuits et la faute ou le dol (1). — B° Le **gage passe à l'état de sûreté accessoire.** Lorsque l'idée d'obligation conventionnelle se dégagea, on continua longtemps d'exiger du débiteur un gage, mais la remise de celui-ci n'eut point pour effet de le libérer; le débiteur ne cessa pas personnellement d'être tenu (2). Aussi le créancier n'eut-il plus que deux droits essentiels, celui de retenir le gage, tant qu'il n'était pas payé, et celui de le faire vendre, à défaut de payement, pour les dommages-intérêts qui lui étaient dus au moyen du prix de vente (3). Il ne lui fut plus permis de se servir du gage. Sa responsabilité fut limitée et, en cas de perte totale de l'objet engagé par suite d'un cas fortuit, il put exiger du débiteur l'exécution de sa promesse. On revenait ainsi aux règles romaines. Le pacte commissoire fut réprouvé comme il l'avait été par une loi de Constantin (4). Les Ordonnances introduisirent quelques règles de forme (5), mais la mise en possession réelle de l'objet engagé fut toujours requise pour les motifs

(1) Si le gage venait à périr par cas fortuit, le débiteur n'en réclamait pas la restitution, et le créancier souffrait de la perte; règle qui s'est conservée jusqu'à nos jours à Schwyz. Huber, 817 (ex. du XV° s.), 822, n. 21. — *L. lang. Car.*, 108. J. d'Ibelin, 56. *Sachsensp.*, 3, 5, 4. — La responsabilité du gagiste existait en un autre sens : il était responsable du dommage causé par l'objet donné en gage. Ci-dessus, p. 224, t. II. Cf. cep. *L. Alam.*, 86, 2. *Fris., add.*, 8, 1. Heusler, 2, 203. Distinction entre le gage conventionnel et le gage saisi. — *Sachsensp.*, 3, 5, 4 et 5. Ci-dessus, p. 398, t. II. Bout., I, 26. *AC. Anjou*, II, 412.

(2) Conventions par lesquelles le débiteur promet de payer, même si le gage ne lui est pas restitué, parce qu'il a péri par cas fortuit. Ex. dans Heusler.

(3) Les Allemands opposent le *Verkaufspfand*, gage avec droit de vendre, au *Verfallspfand*, gage qui devient la propriété du créancier, s'il n'est pas payé à l'échéance. *Liut.*, 108, 109. *Aripr. et Alb.*, 2, 21 : « post dies xxx pignus efficitur creditoris. Beaum., 68, 10. Montpellier, 49. *Jost.*, p. 313.

(4) Contrairement aux tendances de l'ancien droit. C. civ., 2078. Pertile, 4, 541. Ci-après, Nantiss. immob. Pothier, *Nantiss.*, n° 19 *C. J.*, 8, 35, 3.

(5) Ord. 1673, 6, 8, 9 : rédaction d'un acte notarié indiquant la somme prêtée et les gages délivrés pour éviter les fraudes et fixer en cas de faillite la date des nantissements. Cf. Jousse, sur ce texte (l'acte notarié est inutile *inter partes*). C. civ., 2074. Co., 446. — Sur le gage des créances, cf. arr. de la Cour des Aides du 18 mars 1769 (transport à titre de nantissement). Tambour, 2, 162, 394. Pothier, *Hypoth.*, n° 211.

déjà donnés (1). Du moment où le gagiste pouvait retenir l'objet dont il était nanti jusqu'à ce qu'on l'eût payé, on lui reconnut un privilège sur le prix, quand il ne s'en dessaisissait que pour le faire vendre (2). Quelquefois même on admit l'existence d'un gage tacite et par suite d'un privilège au profit de certains créanciers (3). Mais l'hypothèque des meubles ne réussit point à se faire accepter en droit français (4) : *Meubles n'ont point de suite par hypothèque* (Loisel, 487).

3. — La **saisie privée** (5) **(pigneratio)** (6) **des meubles** (7). — Ce mode de se rendre justice à soi-même s'applique naturellement aux obligations *ex delicto* pour lesquelles la constitution d'un gage conventionnel ne se conçoit pas (8). Il était même loisible de le pratiquer pour les obligations résultant du contrat formel ou *wadiatio*, soit à l'encontre de la caution, soit à

(1) Mise en gage des meubles d'autrui ; le créancier gagiste est préféré au propriétaire, sauf les cas de perte ou de vol. Cf. ci-dessus, p. 220, t. II. Huber, 822.

(2) L'ord. 1667 obligea le gagiste à faire vendre par ministère d'huissier comme pour les meubles saisis, mais, par le contrat de nantissement, il pouvait être dispensé de ces formalités. Pothier, *Nantissement*, n° 19 et suiv.; *Hypoth.*, n° 216. Ci-après, clause de voie parée.

(3) Cf. dr. actuel, Valette, *Privil et Hyp.*, 1846. Planiol, *Dr. civ.*, 2, 763.

(4) Ci-dessus, p. 234, t. II. En Suisse, sorte d'hypothèque mobilière, par exemple à Zurich, au quatorzième siècle, par déclaration devant le conseil municipal, sans mise en possession. Cf. Stobbe, 2, 686 (ex. de constitution de gage sans remise matérielle, not. à Lübeck, à une époque relativement récente).

(5) Schrœder, 365. Heusler*, 2, 205, 241. Brunner*, *DRG*, 2, 445. Amira, *Recht.*, 163; *OR*, 1, 109, 234. Stobbe, 1, 588. Meibom, *D. Pfandr.*, 1867. Samuelsohn, *Privatpfänd.*, 1878. Esmein*, 90. Wilda, *ZfDR*, 1, 172. Nägeli, *Selbstpfändungsrecht*, 1876. Huber, 4, 823. Wach., *Ital. Arrest.*, 1868. Pertile, 4, 529. Nadi, *Studi*, 1878, p. 72. Tambour, 2, 43. Viollet, 592. Glasson, 3, 390, 6, 598. Collinet, Thèse, 1893 (nord de la France). Pollock et M., 2, 573. Cattier, *op. cit.*, p. 37 (Hainaut). Kohler, *Pfandr. Forsch.*, 1882.

Post, 2, 670. D'Arbois de Jubainville, *NRH.* 1888, 303; 1892, 444; *Etudes de dr. celt.*, II. p. 255. *R. celt.*, 17, 333. Dareste, *Et.*, p. 28, 84. Kovalewsky, p. 309, 121. Cf. sur la *pignoris capio* du dr. rom., Girard, p. 800.

(6) Cf. *pignoris capio* du droit romain. Outre le mot *pignoratio, pigneratio*, on dit *captio, districtio* (*distress* en dr. anglais), etc. Du Cange, *h. v°*. L'Ord. de 1260 (I, 293) interdit l'abandon, *quedam captio*, à Compiègne. Cf. l'expression : *prendre de son plège par abandon*. P. de Font., 15, 29, p. 129. Beaum., 43, 13. Ci-dessus. Au français *saisie* correspond l'all. *Pfändung*. Collinet, p. 94. Toulouse, 108, 137.

(7) Lois barbares. *Burg.*, 19. *Bai.*, 12. *Roth.*, 249 et suiv. *Liut.*, 108 et suiv. *Wis.*, 5, 6. Dr. irlandais d'A. de Jub., *op. cit.*

(8) Ci-après, note 2, page suivante. *Sachsensp.*, 2, 27, 4; 2, 28, 2. *Schwabensp.*, 231 (280).

l'encontre du débiteur (1). Quelquefois même la *pignoratio* portait sur ses parents ou elle s'exerçait sous forme de représailles contre des voisins, des habitants du même lieu, des bourgeois de la même ville (2). — A l'origine, le créancier était autorisé à s'emparer des meubles du débiteur, sans la permission du juge (3), quelle que fût leur valeur (4). Mais les plus anciens documents montrent la saisie assujettie à certaines formes, comme une (triple) sommation préalable, la présence de témoins et peut-être le prononcé de certaines formules d'usage (5). En l'absence des formalités coutumières, la saisie est irrégulière; elle entraîne le payement d'une composition par le créancier, sans compter le droit de résistance reconnu au débiteur (6). Dès l'époque franque, elle n'est autorisée qu'avec la permission du juge d'après la plupart des lois, ce qui atténue les abus auxquels elle donne lieu (7). — Le gage saisi était traité, en règle générale, comme le gage conventionnel (8). Aussi pensons-nous qu'à

(1) Ce qui se comprend bien si le *wadium* a commencé par être un gage réel; le créancier qui se contente d'un gage nominal, a le droit de se saisir d'un gage réel, s'il n'est pas payé à l'échéance, *Roth.*, 235. *Liut.*, 15. Les jurisconsultes de Pavie discutent pour savoir si *pigneratio* s'applique en dehors de la *wadiatio*. Glos. *Roth.*, 235. Expos. *Liut.*, 8, 6; 107. *Burg.*, 19, 5 (cautionnement). Heusler, 2, 241 : la saisie privée est issue du caractère exécutoire de la *wadiatio*. Pertile, 4, 530 (textes).

(2) *Roth.*, 247 : *nulli liceat alium pro alio pignorare excepto illo qui gafand esse invenitur, id est coheres, parens proximior qui illi ad heriditatem, si casus evenerit, venturus est Capitul.*, t. 2, p. 142 (c. 12). Schmid, *Ges. d. Angels.*, p. 642. Brunner, 2, 448. Droit de marque ou représailles. *BCh.*, 2, 529; 4, 294, 612. Pasquier, *Inst.*, 176. Ci-dessus, Cautionnement, ôtage. Les représailles se sont maintenues dans le droit des gens, justement à cause de la difficulté de ramener à exécution les obligations.

(3) Lombards (*Reg. Farfa*, 2, 44, 45), Suède (Amira, *OR*, 1, 234), Saxe, n. 13.

(4) *Liut.*, 108 (trois fois la valeur de la dette).

(5) *Sal.*, 50, 2; 74. *Burg.*, 19, 5; 107, 7. *Roth.*, 249 et suiv. Cnut., 2, 19. Cf. Brunner, 2, 447. Ci-dessus, p. 428, t. II. Collinet, p. 113.

(6) *Burg.*, *Bai.*, *loc. cit.* *Sal.*, 75. *Roth*, 246. *Liut.*, 41. Ina, 9. — *Rescousse* à l'époque féodale. Esmein, p. 122. Collinet, p. 125.

(7) *Sal.*, 50, 2. *Burg.*, 19; 96; 107, 7. *Bai.*, 13, 1, 3; cf. *Wis.*, 5, 6, 1. Brunner, 2, 447 (autres lois). Cap. 787, c. 14 (I, 200) : défense de *tollere* ou *invadere* les choses d'autrui *sine judicium*; cf. I, 192, c, 6; 330, c. 5. Ina, 9. Cnut., 2, 19. *L. Henrici I*, 51, 3. *Const. pacis* de Frédéric II, 1235, c. 10. Pertile, 4, 531 — Cf. dans les sources anglo-normandes, la *liberatio namnorum, vetitum namii* : nécessité de restituer les gages moyennant caution (*replegiare*, replevin). Bracton, 157 et suiv. *Summa Norm.*, 7. Recréance avec plèges, Péronne, 18. Sur la recréance, voy. Beaum., c. 53. Dr. irland. : solvabilité du saisissant.

(8) Cf. cep. responsabilité du gagiste. *Fris.*, *add.*, 9, 2.

l'époque primitive le créancier acquérait à la fois la possession et la propriété de l'objet saisi, sauf faculté pour le débiteur de dégager son bien. Cette appropriation est toute naturelle dans un système économique où le payement des dettes s'effectue volontiers en objets mobiliers. Mais les lois barbares la retardent jusqu'à l'expiration du délai fixé pour dégager l'objet saisi ; jusque-là le créancier n'a qu'un droit de rétention ou, tout au plus, de jouissance (1). Les Coutumes féodales lui donnent le droit de vendre, en lui laissant quelquefois le soin d'y procéder lui-même; le plus souvent la vente est faite par l'autorité publique (2). — Dès l'époque barbare, les inconvénients de voies de fait comme la *pigneratio* en font prononcer la suppression (3) ; mais les mœurs sont plus fortes que les lois ; elle persiste, survit à la proscription, se régénère en quelque sorte dans les temps féodaux, sous l'empire du *Faustrecht* (4), et ne disparaît complètement qu'à l'époque monarchique, avec les progrès de la puissance publique (5). Du moins, avant d'en venir à cette solution, avait-on retouché, corrigé sur bien des points la vieille institution et elle était devenue une voie d'exception, un privilège dont le maintien se justifiait par la qualité du créan-

(1) *Verfallspfand*. Sur la responsabilité du gagiste, *Roth.*, 252. D'après *Liut.*, *loc. cit.*, le créancier a la rétention 12 jours, la jouissance 20 ou 60, ensuite la propriété. Fr. Gaudenzi, 12. Exp. s. *Roth.*, 247. — Réaction contre le pacte commissoire. Ci-contre, *Wis.*, 5, 6, 3. *Capit.*, VII, 299, 313. X, 3, 21, 7. — Dans les Coutumes françaises, vente du gage et payement du créancier sur le prix. Esmein, p. 118 et suiv. Collinet, p. 124. Dr. angl. : prisée et attribution au créancier. Glasson, *Inst. Angl.*, 3, 328. — Cf. dr. irlandais.

(2) *Verkaufspfand*. J. d'Ibelin, 122; Ph. de Navarre, 78. *C. des Bourg.*, 71, 76. Beaum , 43, 16. Ci-contre. Pertile 4, 543. *AC. Picardie*, p. 41.

(3) *Wis.*, 5, 6, 1. Ed. Théod., 123. *Capit. Sax.*, 25; 787, c. 14 (I, 200) : cf. *ibid.*, 782, 6 et 825, 5 (I, 192, 330). Beaucoup pensent même que la loi Salique n'admettait plus la saisie privée. Ci-dessus, p. 430, t. II. Pertile, 4, 531.

(4) Collinet, *op. cit.* Brunner, 2, 241. — J. d'Ibelin, 118-122; *C. des Bourg.*, 71-83. *Summa Norm.*, 59, 60, 89. *Jost.*, p. 174, 274, 313. Beaum., 30, 81. *Olim*, Table, v° *Captio bonorum*, etc. Bergerac (a. 1337), 29. *Siete Part.*, 5, 13, 11.

(5) Loysel, 890 : *Voies de fait sont defendues*. P. de Font., 15, 29 : privilège des nobles. J. Le Coq, *Q.* 223 : un noble lui-même ne peut saisir là où il n'a pas de juridiction. Viollet, *Et. de saint Louis*, I, 97, 329. Les Coutumiers (Artois, 39, 10. *Et. de saint Louis*, I, 138) et les chartes municipales (Soissons, 1. Amiens, 4. Vervins, 24, etc. Collinet, p. 102) l'interdisent souvent. — Suspension de l'exercice de la saisie pendant un certain temps. Collinet, p. 128.

cier (roi, nobles) (1), celle du débiteur (forain) ou enfin par la nature de la créance (cautionnement) (2). Constatons les principaux changements qu'elle a subis : défense de pignorer *alium pro alio* (3), de saisir certains objets comme ceux qui sont indispensables à la vie du débiteur (vêtements) ou les chevaux et les bœufs (4), de saisir en certains lieux (5), tendance à empêcher que le créancier n'acquière la propriété du gage sans autre forme de procès (6). Elle passe fréquemment à l'état de prérogative conventionnelle stipulée par le créancier (7), mais on l'admet sans convention contre les étrangers, les forains (*villes d'arrêt*) (8). Où elle a persisté le plus longtemps, en dehors de

(1) Cf. **contraintes** décernées autrefois par les fermiers et receveurs des droits du roi (Ferrière, *h. v°*) et aujourd'hui encore par les administrations financières (lois révolutionnaires). Hauriou, *Dr. administr.*, 3e éd., Table, *h. v°*.

(2) Saisie contre le plège. *Ord.*, I, 9. Sur Beaum., 43, 15, cf. Viollet, *Et. de saint Louis*, I, 329, 187. *Jost.*, 303, 313. *Et. de saint Louis*, I, 122. *Gr. C. Norm.*, 60. Bout, I, 101. Ass. de Jérus., *C. des Bourg.*, 83. Esmein, p. 109 et suiv. Collinet, p. 153. Cf. ci-dessus, Cautionnement. Le contre-brevet de plègerie dispense la caution d'employer la saisie-privée. En Suisse, la saisie privée n'est possible que pour la *redliche, kuntliche schuld* (dette reconnue en justice). Heusler, 2, 208. Huber, 4, 826. — *Add.* Bret., TAC. 329. Avignon, 23, 42.

(3) *Roth.*, 247. *Burg.*, 19, 3. *Pactus Alam.*, 3, 7. Cassiod., *Var.*, 4, 10. — Soissons, 11. Collinet, p. 107. A. Tierry, *Mon. de l'hist. du tiers état*, 4, 40. On arrête aussi un sujet pour la dette de son seigneur. Tambour, 2, 48. Troyes (a. 1230), art. 23. For de Bigorre, 9.

(4) Cod. Théod., 2, 30, 1 (bœufs, esclaves agricoles : intérêt de l'agriculture et du fisc). *Burg.*, *add.*, 1, 18. *Pactus Alam.*, 5, 4; *L. Alam.*, 67, 1. *Bai.*, 13, 4, 5. *Roth.*, 250 et suiv. *Capit.*, I, p. 320; II, p. 134. — Coutumes mérid., par exemple Avignon, 41. — Beaum., 54, 7. — Ord. 1319, 19. Tambour, 2, 125. Pertile, 4, 538.

(5) Collinet, p. 118.

(6) B. de Richeb., 4, 1067 ; 2, 1009.

(7) Clause fréquente déjà dans les actes lombards (Pertile, 4, 531. Liut., 109), et en usage jusqu'au dix-huitième siècle en Suisse et en Allemagne. — Huber, 4, 825. Comment concilier l'existence de ces clauses avec la prohibition de la saisie privée ? Heusler, 2, 208.

(8) **Privilège d'arrêt** des habitants de Paris d'abord sur leurs cobourgeois eux-mêmes, puis seulement sur leurs débiteurs forains. Louis le Gros, 1134 (*Ord.*, I, 6; Confirm., II, 437; IX, 464). Paris, *AC*, 192; *NC*, 173. Desm., 233. *C. not.*, 49. *Gr. C.*, p. 219. Collinet, p. 100, 135, 141. Ferrière, Merlin, v° *Ville d'arrêt*. Avignon, 42, 44. Montp., 32. Arles, 165. Martel, 18, 19. Sur la *saisine foraine* dans le droit actuel, C. pr. civ., 822. Glasson, *Procéd.*, 2, 433. Heusler, 2, 208. Tambour, 2, 51. — Huvelin, Thèse (*Exécution des contrats en foire*). — Au quatorzième siècle, la saisie dut être

la saisie foraine, c'est dans les trois applications suivantes, remarquables en particulier parce qu'elles ne supposent pas de titre exécutoire (1) : 1° **Saisie-gagerie** du bailleur à cens ou du bailleur à rente sur les meubles du preneur à cens ou locataire pour non payement du cens ou loyer (2) ; 2° Droit de l'**hôtelier** de saisir les meubles du voyageur qui ne lui paye point ses dépenses (3) ; 3° **Saisie du bétail en dommage** (4) ; anciennement, on avait même le droit de le tuer ou de se l'approprier ; le droit plus récent n'accorde à la victime du dommage que la saisie, encore certains animaux y échappent-ils ; le saisissant est tenu de mener au juge les bêtes saisies dans les vingt-quatre heures ; elles sont vendues au besoin et le prix obtenu

pratiquée par des sergents, et le privilège des bourgeois se réduisit à pouvoir faire saisir sans titre. Ord. 1351. *Const. Chât.*, 9. — Abolition, L. 7 sep. 1790, art. 13.

(1) Cout. de Paris, tit. 8.

(2) Le bailleur d'une maison eut d'abord le droit de saisir les meubles qui se trouvaient dans la maison louée, de les enlever et de les vendre à son profit. *Olim.*, 3, p. 916, n° 77 ; p 998, n° 60; p. 1007, n° 65 (a. 1314-15). Beaum., 34, 16; 38, 9 (mais il constate en même temps que l'usage est d'*oster les uis de la meson*, c'est-à-dire de la rendre inhabitable pour contraindre le locataire à payer ce qu'il doit ou à se retirer, 30, 39). Bout., 1, 102. *Jost*., 9, 4, 1; 9, 9, 1. P. de Font., p. 119. *C. des Bourg.*, 96. Le droit du bailleur s'atténua ensuite; sous le nom de saisie-gagerie, il n'eut qu'une saisie privilégiée des meubles sans transport et avec nécessité de faire vendre par la justice. Les meubles sortis de la maison n'avaient pas de suite; mais la NC. de Paris, 171, permit de les revendiquer sous certaines conditions (arrêt de 1367, Lucius, *Placit.*, 10, 3, 1). *Cout. not.*, 3, 31, 39. *Gr. C.*, 2, 15, 37; 3, 61 (p. 126, 217 et suiv., 248, 429, etc.). Roisin, p. 71. Loysel, 476, 890. Buche, *NRH.* 1884, 76. Collinet, p. 166. Obligation pour le preneur de garnir suffisamment la maison. A Paris, la gagerie n'est accordée que pour trois quartiers. Cf. Glasson, *Procéd. civ.*, 2, 427. — Huber, 4, 824. Pertile, 4, 533, 538. Pollock et M., 2, 573. — Plusieurs Coutumes permettaient aussi au bailleur d'une ferme la saisie des fruits. Paris, 161 et suiv. — *Add. Const. Chât.*, 62, 63. *L. d. dr.*, 913. Tambour, 2, 365.

(3) Rétention et privilège dans le dernier état du droit, tandis qu'autrefois il vend les gages saisis et se paye lui-même. Paris, 175; cf. Desm., 176, 191, 368. *Cout. not.*, 50. Collinet, p. 175. Voy. aussi *Jost.*, 9, 9, 1. Art. 54. Navarre, 3, 13. Huber, IV, 827.

(4) Brunner, § 123 (bibl.). Pertile, 4, 533. Collinet, p. 176. Ci-dessus, p. 412, t. II. Epoque coutumière, cf. Beaum., 52, 3 et suiv. (terres en défense, cf. t. I); 53, 10, etc., 30, 57, 81 et suiv. *Summa Norm.*, 8 : *Defensive sunt omnes terre culte... Terre vero vacue, que a medio marcio usque ad festum Sancte Crucis in septembri defenduntur, alio vero tempore sunt communes, nisi clause fuerint.* Schmid, *D. d. Angels.* Gloss, v° *Pfänd.*

sert à réparer le dommage (1). La saisie ne porte quelquefois que sur le chapeau du berger (2).

4. — **Gage judiciaire.** — A° **Lois barbares** (3). — La saisie judiciaire (4) n'est qu'un perfectionnement de la saisie privée (5); l'intervention de l'autorité prévient les rixes entre particuliers et empêche le créancier d'abuser de ses droits, le débiteur de s'opposer à l'exécution. Déjà les lois barbares l'organisent, ainsi la L. Salique. 50, 3 (6) : le créancier, en vertu de la *fides facta*, se rend auprès du grafion du domicile du débiteur, saisit la *festuca* et prononce une formule constatant que le débiteur régulièrement poursuivi n'a pas exécuté la promesse par lui faite, portant sur telle chose, et qu'en conséquence ses biens peuvent être saisis par le grafion sous la

(1) Dans l'ancien droit, on se venge sur les animaux comme sur les personnes : de là le droit de les tuer (autrefois, *Sal.*, 9, 1. *Wis.*, 8, 3, 15; actuellement encore, Ina, 42. *Roth.*, 350 et suiv. *Liut.* 151. *Burg.*, 23; 89; *add.*, 1, 2. *Bai.*, 14, 7; en cas de récidive, Norwège). Il en subsista la permission pour le propriétaire de tuer les poules et les oies, ou en général la volaille. Grimm., *RA*, 595. Guy Coquille, s. Niv., 15, 4. Chaisemartin, 225. Mais il était interdit de tuer les bœufs et chevaux. — Dans le droit de deuxième formation, les animaux pris en dommage sont enfermés *in clausuram*, *in parcum* (allem. *schûtten* : cf mettre en fourrière); on les nourrit et on les garde jusqu'à ce que le propriétaire ait payé le dommage, et on l'avertit en faisant connaître la saisie aux voisins ou à lui-même, si on le connaît. Au cas où il ne se présente pas, l'animal appartient au saisissant. *Sal.*, 9. *Rib.*, 85. *Bai.*, 14, 17. *Burg.*, 23; 49, *Wis.*, 8, 3, 13. *Roth.*, 343 et suiv. *Liut.*, 86. Beaucoup de Coutumes admettent que l'*étalon est libre ainsi que le taureau*, à cause de leur utilité comme animaux reproducteurs; le propriétaire sur le terrain duquel ils pénètrent n'a que le droit de les en chasser. Chaisemartin, p. 228. Fors de Bigorre, 11. — Dans le dernier état du droit, « qui prend des bêtes en dommage ne peut les retenir; ains les doit mener à la justice dans les 24 heures; » elles sont vendues judiciairement, comme un gage ordinaire, et le prix obtenu sert à réparer le dommage. Huber, 4, 828. *Add. Jost.*, p. 320. Dareste, 277.

(2) Ragueau, v° *Desgagement*.

(3) Cf. surtout Brunner, 2, 452 (bibl.).

(4) *Strudis legitima*, *Rib.*, 32. Ed. Chilp., 8 (*extrudere*). — Application en cas de *fides facta*, de refus d'exécuter un jugement, au moins à la fin du sixième siècle. *Sal.*, 106 (Hessels). Ed. Chilp., 7. Cf. saisie administrative pour le payement du ban du roi, des impôts. *Capit*, I, 165, c. 6. Greg. Tur., 5, 26; 10, 7.

(5) *Roth.*, 251. Fr. Gaudenzi, 12, 13. Cf. *Friedlosigkeit* : chez les Scandinaves et les Anglo-Saxons, les principaux de l'assemblée judiciaire saisissent les meubles de celui qui refuse de comparaître en justice.

(6) Sur ce texte, voy. bibliog. dans Geffcken, p. 197. — Dr. irlandais, *NRH*, 1888, 303. Dr. de Drenthe, 1608, Seerp Gratama, *Rechtsgesch. van Drenthe*, 1883.

responsabilité de lui créancier (1). Sur quoi le grafion prend avec lui sept rachimbourgs idoines (2) et se rend au domicile du débiteur où, après une dernière sommation de payer, il s'empare des biens du débiteur jusqu'à concurrence de la somme due ; l'évaluation en est faite par les rachimbourgs : le créancier en retient les deux tiers, le grafion prend l'autre tiers à titre de *fredus* (3). Si le grafion saisit plus que ne permet la loi, il doit payer son wergeld ou perdre la vie (4). Le débiteur chez les Francs Saliens, n'a pas le droit de s'opposer à la saisie sous prétexte qu'elle est irrégulière ; son unique ressource est de s'adresser au tribunal du roi ; au contraire, chez les Ripuaires, il arrête le saisissant en plantant son épée devant sa porte (5). Le créancier devient propriétaire des meubles saisis, sans quoi la loi n'aurait pas manqué de fixer un délai pour leur rachat ; mais chez les Wisigoths et les Lombards, il n'en a que la jouissance (6). — B° **Droit coutumier** (7). — Les Coutumes et les Ordonnances réglementèrent la saisie judiciaire (8) de manière à ce qu'elle offrit plus de garanties à la fois pour le créancier

(1) *Tu, grafio, homo ille mihi fidem fecit quem legitime habeo jactivo* (selon Brunner, 2, 368, le débiteur qui n'excutait pas sa promesse devenait *jectivus* par le jet de la *festuca* de la part du créancier ; bibl. dans Geffcken, p. 198) *aut admallatum in hoc quod lex Saliga continet* (le créancier l'a assigné conformément à la loi Salique) ; *ego super me et furtuna mea pono* (meubles seulement. Cf. *Sal.*, 45, 46. Geffcken, p. 175, 180) *quod securus mitte in furtuna sua manum. Et dicat de qua causa* (chose ? affaire ?) *aut quantum ei fidem fecerat.* Il donne donc en garantie de la régularité de l'exécution sa personne et ses biens. Mais il est difficile de qualifier cet acte : ce n'est ni une mise en gage ni un simple contrat formel. En tout cas il avait pour effet de permettre au grafion de saisir sa personne et ses biens.

(2) Sur le sens du mot *idoneos*, cf. Geffcken, p. 199.

(3) Ci-dessus, p. 413, t. II.

(4) *Sal.*, 51, et là-dessus, Geffcken, p. 201.

(5) *Sal.*, 51, *Rib.*, 32.

(6) Cf. ci-contre, Gage saisi d'autorité privée, et note 4.

(7) Tambour, *Voies d'exécution*, 2, 119, 226. Collinet, p. 115.

(8) On la qualifie d'ordinaire, de *Saisie et exécution*. Ferrière, *h. v°*. — **Saisie-arrêt.** Bout., I, 102. Par voie d'arrêt, en vertu de la permission du juge ou d'un titre paré, le créancier empêche que son débiteur, créancier lui-même d'un tiers, ne se fasse payer par ce tiers au préjudice de ses droits. Par une saisie, il peut se faire attribuer le montant de cette créance. Le Code de procédure a réuni ces deux moyens en un seul, dit *saisie-arrêt*, en s'attachant pour sa réglementation, à la pratique du Châtelet. Ferrière, v° *Arrêt*. Glasson, *Procéd. civ.*, 2, 187 (Exceptions dès l'ancien droit pour les pensions, traitements, legs alimentaires, etc.). — Offices, cf. Ferrière, v° *Opposition au sceau*.

et pour le débiteur (1). Elle a lieu en vertu d'un titre exécutoire (2). A la suite d'un commandement pour mettre le débiteur en demeure (3), un sergent (4), — parfois même au quatorzième siècle, le bailli comme le grafion de la L. Salique, — enlève les meubles du débiteur (5) pour les remettre au créancier ou en confier la garde à un voisin (6) ; pour les objets non transportables, l'huissier saisissant constituait un gardien (ou plusieurs, garnison) (7) de façon à éviter les détournements sans déplacer les objets saisis; l'Ord. 1667, t. 33, généralisa cette règle et l'appliqua à tous les meubles (8). L'opposition du saisi (9) ne pouvait être reçue qu'à charge par lui de garnir suffisamment la main de justice (10); encore n'empêchait-elle pas la saisie; elle avait pour effet de suspendre l'exécution et de ne permettre la vente qu'après le jugement sur l'opposition (11). Le gage judi-

(1) Beaum., 51, 6. Cf. mise sous sequestre, *ibid.*, 51, 8 et suiv., 51, 21, etc. A Metz, *estault* ou saisie par l'un des maires assisté d'un échevin. Prost, *Ord. des Maiours*, § 32. Loysel, 890 et suiv. Guénois, *Conf. des Ord.* et *Conf. des Cout.* Ferrière, s. Paris. Pothier, *Proced.*, 437. Fleury, 2, 169, 309.

(2) Ci-après, Saisie immobilière.

(3) Amende contre qui ne paye pas sur commandement à lui fait à l'échéance. Beaum., 30. 49. Talion, *ibid.*, 50. On évite l'amendement en offrant de bons gages.

(4) Dangers, *Rhist.*, 6, 304.

(5) Meubles exceptés pour des raisons d'intérêt général ou dans un but d'humanité : a) chevaux, bœufs, charrues et instruments aratoires ; *b*) 1 vache, 3 brebis ou 2 chèvres pour aider le débiteur à gagner sa vie ; *c*) un lit et l'habit qu'il porte. — Beaum., 54, 7. Langlois, *Textes rel. à Parl.*, p. 152. *Fragm. d'un Répert. de Jurispr. paris. au XV^e s.*, n° 23 (éd. par Fagnicz). Cf. C. pr. civ., 592, 593. Glasson. VII, 671 ; *Procéd. civ.*, 2, 153. Tambour, 2, 236.

(6) Grenade, 30 (*Ord.*, IV, 18). *TAC. Bourg.*, 212 (Giraud, 2, 305). *TAC. Bret.*, 302. Châtillon, 1371, art. 71. Orl., 452. Niv., 35, 14.

(7) Sur ces gardes ou *nans manjans*. cf. Beaum., 54, 9 et suiv. et ci-après.

(8) Ord. 1667, t. 33. — Les créanciers ne pouvaient faire apposer les scellés, c'est-à-dire un sceau aux armes du roi, que si le débiteur était absent, failli ou emprisonné pour dettes.

(9) Amende au cas de résistance, Beaum., 30, 54; 52, 6. Si le saisi tient clos ses huis ou ses huches, *les cles le roi* doivent être faites, c'est-à-dire le que sergent peut et doit briser ce que l'on ferme. *Ibid.*, 54, 8. Sur la recréance, cf. Beaum., c. 52. Sur les réclamations, *ibid.*, c. 55.

(10) P. de Font., App. 10, 8. Pour les créances du roi, le débiteur ne peut arrêter l'exécution, même en garnissant la main de justice. Ord. 7, 93, 371.

(11) Autres incidents : 1° Demande en **distraction** de la part de tiers qui se disent propriétaires, au moins dans le cas où la revendication mobilière était possible. Beaum., 54, 3. Fors du Béarn, 134. Orl., 456. Bourbon., 128. Bretagne, 233. Pothier, n° 473. — 2° Opposition de la part d'autres créanciers et **subrogation** aux poursuites. Une fois la saisie opérée, les créan-

ciaire était vendu (1) après un délai variable suivant les Coutumes et que l'Ord. 1667, 33, 12 fixa d'une manière uniforme à huit jours depuis la signification de la saisie au débiteur (2). La vente avait lieu publiquement, en plein marché d'ordinaire et à suite de criées ou publications (3). Le prix en était réparti au marc le franc entre les créanciers; il y avait **distribution par contribution** (4), mais on ne procédait ainsi que dans le cas de déconfiture notoire parce qu'alors les créanciers agissaient collectivement contre l'insolvable ; au contraire, en cas de simples poursuites, on admit au moins, dès le treizième siècle, le **privilège du premier saisissant**, privilège qui s'explique par le fait de la mainmise matérielle du créancier sur l'objet saisi et le régime ancien de la propriété mobilière (5). Les autres privilèges mobiliers, qui s'exerçaient aussi bien en cas de déconfiture que dans l'hypothèse de simples poursuites, reposaient comme aujourd'hui : 1° sur l'idée d'un nantissement exprès ou tacite, 2° ou sur des motifs particuliers classant certaines créan-

ciers du saisi ne pouvaient pas en pratiquer une deuxième sur le même objet ; primitivement il était remis au saisissant, ce qui empêchait une nouvelle saisie, et, par la suite, la règle se maintint à l'effet de prévenir des frais inutiles. **Saisie sur saisie ne vaut.** Mais les créanciers avaient le droit de faire opposition, c'est-à-dire de s'adjoindre au saisissant et de demander à être payés avec lui ; par là ils obtenaient d'être appelés à la vente ; le saisissant ne pouvait pas donner mainlevée de la saisie à leur détriment ; s'il était négligent, les opposants se faisaient subroger à lui par un jugement (aujourd'hui subrogation de plein droit à la suite d'une sommation infructueuse, ce qui est plus simple). L'Ord. 1667 prescrivait de retarder la vente jusqu'au réglement définitif des droits des opposants, ce qui entrainait des retards, augmentait les frais de garde, diminuait la valeur du gage. Tambour, 2, 243.

(1) Fleury, *Inst.*, 2, 189. — Sur le système abandonné de l'acquisition du gage au créancier, cf. encore, au seizième siècle, Labourt, 14, 1, 2, 6; antérieurement, Arles, 1162-1202; Provence, 1366. Falaise, 20, etc. — Attribution sur prisée de bonnes gens. Ci-après, Saisie immobilière. Pothier, *Nant.*, 19.

(2) Beaum., 30, 51 : 40 jours (nobles), 7 jours, roturiers. Vente immédiate en quelques lieux, sauf à retarder la délivrance. Ord. 1411. *TAC. Bret.*, 322.

(3) Beaum., 30, 53 (vente par le créancier après sommation au débiteur). Châtillon, 71, etc. Décl. 14 janvier 1689 (vaisselle d'argent). — Commissaires-priseurs. L. 27 vent. an XI, 1. L. 21 juil. 1790, 6; 17 sept. 1793.

(4) Beaum., 34, 51 ; 54, 6. *Gr. C.*, p 223. Bout., 1, 46. Tambour, 2, 154, 248.

(5) Beaum., 34, 52. *Gr. C.*, 2, 17. Paris, *N. C.*, 178. Guy Coquille, *Inst.*, p. 444 — En cas de déconfiture, tous les créanciers étaient payés au marc le franc. *Cout. not.*, 76, 153. *Gr. C.*, 2, 27. Loysel, 185, 687. Garraud, *Déconfiture*, 187.

ces avant d'autres sans jamais les faire préférer aux privilèges de nantissement (frais de justice, funéraires, salaires, fisc) (1).

5. — **Exécution sur les immeubles** (2). — **Origine de la saisie immobilière** (3). — La saisie immobilière était inconnue de l'ancien droit (4). Elle s'introduisit dans la législation par une double voie : 1° Les rigueurs de l'exécution sur la personne étaient telles que le débiteur ne reculait devant aucun moyen pour y échapper ; on le vit affecter à ses créanciers la jouissance de ses fonds, voire même leur propriété (5). Ce qu'il faisait par voie de conventions privées, volontairement, on ne pouvait manquer de le lui imposer par la force. — 2° La procédure par défaut, sous les Carolingiens, avait pour conséquence la *missio in bannum* ou confiscation des biens du débiteur (6) ; un signe extérieur, un peu de paille ou un gant, servait à rendre la chose publique (7) ; le débiteur avait un an et un jour pour obtenir mainlevée, à la condition de comparaître en justice ; passé l'an et jour, la confiscation était définitive, les biens devenaient la propriété du roi ; mais le fisc ne pouvait les conserver sans injustice en présence des créanciers dépouillés ; il leur en abandonna d'ordinaire une partie à titre gracieux (8). A la fin

(1) Loisel, 363, 683, 684, 688, 897. Pothier, *Procéd.*, 481. Glasson, 6, 606 ; 7, 673. Dareste, *Etudes*, p. 90 (privilèges). — Cf. Planiol, *Dr. civ.*, 2, 754 s., 774.

(2) Esmein, p. 156. Brunner, § 112 et suiv. Glasson, 3. 390. Amira, *Volls-treckungsverf. : OR.*, 1, 65 ; 2, 89. Schrœder, 287, 396 (bibl.). Pertile, § 242.

(3) A Rome, mêmes voies d'exécution pour tous les biens.

(4) Ci-dessus, p. 515, t. II. *Sal.*, 50, 58. Ed. Chilp., 7. Marculf., App. 51. *Bai.*, 2, 1 ; 7, 4. — *Secùs*, Thonissen, *Org. jud. de la L. Sal.*, 3, 2, 4 (la loi Salique réprime les attentats à la propriété des terres et admet leur confiscation). Nani, *Stud.*, 2, 112 (saisie extrajudiciaire des immeubles chez les Lombards).

(5) Rozière, *Form.*, 277, 374. Murat., *Ant. it.*, 2, 237. Ord. 1234, 2.

(6) Sur la mise hors la loi d'où dérive la *missio in bannum* et, par suite, la saisie immobilière, cf. ci-dessus, p. 414, t. II. Le mot *banniment* signifiait encore saisie, en Languedoc, au dix-huitième siècle. *Max. du dr. fr.*, 1749, 72.

(7) Grimm, *RA*, 195, 941 : *Wifa*. Lattes, *Parole e simboli* (*wifa*, brandon), *Rendic. Ist. lomb.*, 1900. La saisie-brandon reproduit le vieil usage. *Wifatio* pratiquée par le propriétaire pour interdire aux tiers d'entrer sur son fonds (p. ex. encore aujourd'hui on met un peu de paille au bout d'un bâton fiché en terre pour signifier aux bergers qu'ils ne doivent pas mener paître leurs troupeaux dans un champ). Pertile, *loc. cit.* : croix. Brunner, 2, 459. Lorris, 97.

(8) Capit., 782, 27 (I, 70) : un débiteur ne peut pas trouver de caution ; ses biens seront mis *in bannum* jusqu'à ce qu'il trouve un fidéjusseur. Cap. miss. 802 (I, 97), 32, 36 et suiv. : *missio in bannum* de ceux qui doi-

de l'époque franque, si la saisie immobilière n'existait pas encore à proprement parler, on était en possession d'un procédé indirect qui donnait des résultats analogues (1) ; restreint d'abord à la procédure de contumace, il finit par s'appliquer dans des cas de plus en plus nombreux et la pratique féodale dut le généraliser ; la confiscation, après en avoir été une pièce essentielle, disparut pour ne laisser place qu'à la saisie au profit des seuls créanciers. Malgré ces modifications, le très ancien droit coutumier part encore du principe de l'insaisissabilité des immeubles (2) et longtemps on recourut à des moyens qui le supposaient

vent certaines compositions. Cap. 803, 6 (I, 118). Réglementation par Louis le Débonnaire. Cap. 816, 5; 818-19, 11 (I, 268, 283). Cf. *Cap.*, II, 75, c. 3; 273, 7; 307, 3; Ed. Pist., 864, c. 6 (*missio in bannum judicio scabinorum*), etc. Table, v° *Bannus*. En 803, on demande au roi ce qu'il faut faire des biens saisis; plus tard, sous Louis le Débonnaire, il ne procède plus par décisions particulières, mais il est de règle que les créanciers sont payés d'abord, et après eux le fisc. D'ailleurs, le bien acquis par le fisc ne passe aux créanciers qu'en vertu d'un *praeceptum* du roi. Brunner, 2, 74, 460.

(1) Sur les cas d'application de la *missio in bannum*. cf. ci-contre, n. 7. Brunner, § 112. Les dispositions des Capitulaires ne sont pas générales, et il n'est pas possible de dire, en s'en tenant à leur texte, que ce procédé soit une voie d'exécution régulière appartenant à tout créancier. Mais la tendance à en développer l'application est manifeste; la pratique dut compléter la législation sur ce point, chose d'autant plus facile que la *missio in bannum* était prononcée par le comte, tandis que la mise hors la loi dont elle n'est qu'une forme adoucie, émanait du roi. Cf. Esmein, p. 157. Dans la procédure contradictoire, l'exécution de la sentence était assurée par des cautions que le débiteur avait dû fournir; pendant longtemps on n'eût donc point à se préoccuper de ce cas.

(2) Preuves. — 1° Pas plus que dans les lois barbares, la saisie immobilière n'apparaît dans certains textes de l'époque féodale. Ainsi à Metz, jusqu'au milieu du quatorzième siècle, l'*estault*, seule procédure d'exécution que connaisse l'*Ord. des Maiours*, ne porte que sur les meubles. *NRH.*, 2, 313, *F. de Béarn*, p. 225. — 2° Engagement des immeubles (ci-après) et saisie des revenus, en particulier pour les fiefs. Beaum., 17, 7; 35, 2. *Jost.*, 12, 6, 38. Ord. 1218, 1234, 1318. La Salle de Lille : vente de la jouissance pour cent ans. Bout., 1, 25. — 3° Parfois le consentement du débiteur est encore requis pour la vente des immeubles. Privilège du duc de Bourgogne à Rouvre en 1259 (*Ord.*, IV, 389). Hainaut, 74. *TAC. Bret.*, 301, Toulouse, 77. Bout., 1, 69. J. d'Ibelin, 185 et suiv. Beaum., 35, 2 : le souverain ordonne au débiteur qu'il vende ses immeubles dans les quarante jours, et ce n'est que s'il s'y refuse, que le souverain lui-même procède à la vente ou baille le bien au *deteur* (créancier) par pris de bonnes gens. P. de Font., 21, 9. *Jost.*, 3, 6, 2. Bout., 1, 25. — 4° Caractère subsidiaire de la saisie immobilière; jusqu'à l'Edit de 1539, 74, la discussion préalable des meubles fut indispensable. Beaum., 35, 2; 43, 18; 51, 9. *Gr. C*, 2, 17, etc. *Ord.*, I, 698; IX, 453, etc. *Jost.*, 3, 6, 2. Bout., 1, 5; 2, 13. *AC. Picardie* (Marn.), p. 90 et

en vigueur : affectation des revenus, obligation conventionnelle des immeubles, moyens indirects de contrainte. Ainsi les Etablissements de saint Louis constatent que le débiteur du roi ne sera pas emprisonné s'il jure qu'il n'a pas de meubles pour payer et s'il vend ses immeubles dans les quarante jours (1). Autre ressource presque aussi énergique que la contrainte par corps : la justice établit les **garnisaires** (*comestores*, mangeurs) sur les biens du débiteur pour y vivre à ses dépens (2). Ces hôtes incommodes ruinaient le débiteur sans profit pour le créancier. Souvent même le débiteur s'entendait avec le sergent pour que la garnison fût fictive. Dès le treizième siècle, Beaumanoir s'élève contre cet abus (3), et au quinzième siècle, les garnissaires sont devenus des commissaires à la saisie réelle (4).

6. — **La saisie réelle et la procédure d'ordre** (5). — La saisie immobilière une fois admise, à la variété des usages locaux (6)

suiv. *Summa Norm.*, 6. — 5° Formalités : par exemple sommation au débiteur de vendre ses immeubles. Châtillon, 72, etc. Loyseau, *Déguerp.*, 3, 7, 16. Faculté pour le débiteur de reprendre ses immeubles pendant un certain temps. Bout., I, 69. — D'ailleurs, certaines de ces particularités s'expliquent aussi par la valeur relative des immeubles (p. ex. le caractère subsidiaire de la saisie réelle). Ci-dessus, p 201, t. II. *Add.* Dig., 42, 1, 15, 2, **X**, 6, 5, 5, 8. — L'évolution est peut-être plus frappante encore dans le droit anglais. Quoique l'insaisissabilité soit une conséquence de l'inaliénabilité, les immeubles y sont devenus aliénables longtemps avant de pouvoir être saisis, ce qui prêtait à des fraudes; en effet, d'après la *common law*, le créancier avait le droit de s'attaquer au corps du débiteur, à ses meubles et aux revenus de ses immeubles; si ces derniers étaient saisis, le débiteur avait un moyen fort simple d'en enlever le bénéfice au créancier, il lui suffisait de vendre le fonds; le 2e St. de Westminster, sous Edouard Ier, permit de saisir non seulement les revenus, mais le fonds lui-même, jusqu'à concurrence de la moitié des immeubles du débiteur; le créancier les retenait jusqu'à parfait payement (*tenant by elegit*). Glasson, *Inst. Anglet.*, 3, 238.

(1) II, 22. Beaum., ci-contre.

(2) Du Cange, Ragueau, *h. v°*. Beaum., 53; 54, 9; 51, 5. Glasson, VI, 615.

(3) *Op. cit. Olim*, 2, 241. Tambour. 2, 148 (privilèges locaux). Privilèges accordés par les rois au Languedoc, au Périgord : *quod non ponantur comestores. Ord.*, I, 399, 694. etc. — Cf. Dragonnades

(4) Ferrière, *h. v°*. Masuer, *loc. cit.*

(5) Traités des Criées : Forget, 1604; Gouget, 1616; Le Maistre, *Œuvres*, 1653; Leschassier, *id.*, 1652; Bruneau, 1678, 1704; Thibault, 1717. D'Héricourt, *Vente des imm.*, 1775. *Prohib. d'évoq. les déc.*, 1729. *Titre des exéc. p. décret*, 1603. Pothier, *Procéd.*, 1779, etc. Guyot, Ferrière, Denisart, vis *Décret, Criées, Subhastation, Enchère, Exécution parée*, etc. — Tambour, *op. cit.* Glasson, 3, 416: 6, 610; *Procéd. civ.*, 2, 234. Garsonnet, *Proc. civ.*, 3, 441. Aubert, *Hist. du Parl.*, 2, 137.

(6) Analyse dans Tambour, 2, 131, 253. Ass. de Jér., *C. des Bourg.*, 26,

se substitua une réglementation à peu près uniforme en vertu de l'Ordonnance de 1551 connue sous le nom d'*Edit des criées* (1). D'une manière générale, on peut dire que la procédure d'exécution sur les immeubles était surchargée de formalités; *nous y faisons*, disait Loyseau, *beaucoup plus de façon et de cérémonie qu'au droit romain*. Cela tenait à l'importance qu'avait prise la fortune immobilière; mais les frais de l'expropriation diminuaient le gage des créanciers, ses lenteurs les décourageaient; à force ne vouloir protéger le débiteur, on lui ôtait tout crédit.

A° **Titre exécutoire** (2). — On ne peut procéder à la saisie (3) qu'en vertu d'un titre exécutoire, c'est-à-dire d'un jugement ou d'un acte notarié (4). La force exécutoire est tout naturellement attachée aux jugements. Quant aux actes notariés, à la différence des actes sous seing privé, on dit qu'ils emportent **exécution parée** (*paratam exsecutionem*) (5); tandis que le créancier

27. Châtillon, 72 (a. 1371). Beaum., 34. 51; 35, 6, etc. *Gr. C.*, 2, 17, 24, 33; 3, 25. Bout., 1, 16, 69. Ord. 1411; 1424. Masuer, 30. Coutumes où l'immeuble du débiteur est attribué au créancier, Tambour, 2, 143. — Fiefs (à défaut d'autres biens). J. d'Ibelin, 185 et suiv. Ph. de Navarre, 27. *Add. TAC. Bret.*, 295 et s.

(1) Isambert, Table, v° *Saisie réelle* (Ord. 1539, etc.). L'uniformité fut toute relative, car l'Edit ne s'appliquait dans beaucoup de provinces (Flandre, Artois, Normandie, Lorraine, Bresse et Bugey, Franche-Comté, Dauphiné, Provence, Languedoc, Guyenne, Béarn et Navarre). Tambour, 2, 281. Glasson, *Procéd.*, 2, 248. — Saisie des rentes, des offices, Edits 1583, 1669, 1683 Tambour, 2, 171, 318. Cf. Basnage, *Hypoth.*, p. 87.

(2) Briegleb, *Executivprocess*, 1839. Dareste, *Bch.*, 1841. Tambour, 2, 171. Schwalbach, *Civilproc. d. Paris. Parl.*, 113. Karsten, p. 152. *NRH*, 1888, 321. Salvioli, p. 483 Malapert, *Rerit.*, 17, 326 (formule exécutoire). Chevillotte, Thèse, 1900 (id.). Viollet, *Et. de saint Louis*, I, 229. *Tract. ill. Ict.*, t. VI (*de guarentigiis*). Fournier, *Offic.*, p. 59.

(3) Il faut que le droit soit exigible, évidemment. Délai de quatre mois en droit romain et en droit canon. **X**, 1, 29, 26; 2, 26, 15. Textes coutumiers, Tambour, 2, 113.

(4) Loysel, 890 : *L'on ne commence jamais par exécution ou saisie, si ce n'est en vertu d'un contrat garantigié, jugement ou cause privilégiée* (p. ex. dette du roi) : *car voies de fait sont défendues*. Cf. cas exceptionnels, ci-dessus, Saisie-arrêt, Gagerie, Saisie foraine, etc. Beaum., 24, 13. *Const, Châl.*, 8. — Le titre exécutoire ne suffit même pas pendant assez longtemps, et le créancier dut se munir encore de **lettres de debitis** dont l'usage est très limité à l'époque monarchique; c'étaient des ordres au sergent de mettre à exécution les titres d'un créancier. Tambour, 2, 95, 184. Ord. 1667, 27, 6. — Jugements divers, cf. Tambour, 2, 72, 172. — L'opposition contre le titre exécutoire n'est possible qu'à la condition de *garnir la main* de justice (gages, cautions). Ragueau, *h. v°* Loysel, 892. — Durée, Loysel, 894 (surannation).

(5) *Parée*, de *parare* (sens primitif). On se gardera de confondre l'exécu-

par sous seing privé ne peut exécuter qu'après avoir obtenu un jugement de condamnation, le créancier par acte notarié a le droit d'agir directement contre son débiteur par voie de saisie. Cette assimilation de l'acte notarié au jugement a été imaginée par les praticiens; en partant de la règle romaine *confessus in jure pro judicato habetur*, ils eurent l'idée de faire comparaître les parties devant le juge au moment où la dette était contractée; le débiteur reconnaissait sa dette, et cet aveu fait en présence du juge, constaté par écrit, avait la même force qu'un jugement; le créancier se trouvait dispensé par là de courir les chances d'un procès et n'avait pas à redouter les chicanes et la mauvaise foi du débiteur. Cet usage apparaît d'abord dans les écrits des glossateurs et dans la pratique italienne (*instrumenta guarentigiata*) (1); il se répand ensuite dans l'Europe occidentale. En France, l'aveu se fit devant le juge, qui délivrait une charte scellée constatant la dette et l'aveu; l'apposition du sceau, marque de l'autorité publique, donnait à l'acte l'authenticité et emportait l'obligation d'exécuter au nom de l'Etat. Les notaires chargés de constater par écrit l'aveu fait au magistrat, ne tardèrent pas à le recevoir eux-mêmes d'abord au nom de celui-ci, puis en leur nom personnel à raison d'une délégation expresse

tion parée avec la **clause** dite **de voie parée** par laquelle le débiteur autorise le créancier à faire vendre aux enchères publiques par devant notaires, à défaut de payement à l'échéance, les immeubles qui sont le gage de sa dette. Le créancier est dispensé par là des formalités de la saisie et de l'expropriation forcée, ce qui est un avantage pour lui, puisqu'il évite bien des frais et des lenteurs, mais ce qui peut être très préjudiciable au débiteur, parce qu'il perd des garanties précieuses (p. ex. publicité), de nature à faire vendre ses biens à un plus haut prix. La L. du 2 juin 1841 l'a prohibée pour les immeubles. Notre ancien droit permettait la vente à l'amiable de l'immeuble saisi (Ferrière, *h. v°*). Un débiteur pouvait aussi constituer son créancier *procurator in rem suam* à l'effet de vendre ses biens (Dareste, p. 456). Si le pacte commissoire était interdit contrairement à l'esprit de notre vieille législation et à des textes du treizième siècle (*Ord.*, I, 506, n. *b*; Giraud, *Essai*, II, 188, 212; *TAC. Bret.*, 296 et suiv.), on autorisait la clause en vertu de laquelle, faute par le débiteur de payer à l'échéance, l'objet donné en nantissement lui serait acquis *suivant estimation* par des personnes dont les parties conviendraient. Beaum., 43, 3. Pothier, *Nantiss.*, n° 19. Or la clause de voie parée n'offrait pas plus de dangers que celle-ci. Serrigny, *R. étr. et fr. de lég.*, 1850, 257. Garsonnet, *Procédure*, 3, 467. Briegleb, *Gesch. d. Executivprocess*, 1845. Ci-dessus, p. 458, t. II. Pertile, 6, 349. Ci-après, Engagement.

(1) Viollet, *loc. cit.*, paraît croire que cette pratique vient des Cours d'Eglise.

ou tacite (1). — A l'époque féodale, le principe de l'indépendance seigneuriale avait pour effet de limiter la force exécutoire d'un jugement au ressort du juge qui l'avait émis. Pour le ramener à exécution ailleurs, il fallait se munir d'un ordre du juge local, ordre qui n'était guère délivré sans nouvel examen de l'affaire, de sorte que tout était remis en question (2). Le droit monarchique ne rompit pas complètement avec cette règle traditionnelle, comme la logique et la bonne administration de la justice l'auraient voulu. Par une inconséquence assez singulière, les actes notariés furent exécutoires dans tout le royaume sans visa, *placet* ou *pareatis* (Ord. 1539, 5. 65) (3) ; mais il en fut autrement des jugements (en dépit des Ord. 1560, 46 et 1579, 172) ; la rivalité des corps judiciaires fut assez forte pour maintenir la tradition et les sentences ne purent s'exécuter en dehors du ressort du juge qui les avait rendues sans **lettres de pareatis** (4) délivrées par le grand sceau ou par les chancelleries des Parlements ou encore sans la permission du juge local : assez vaine formalité, puisque ces lettres étaient délivrées sans qu'on prît connaissance de la cause (Ord. 1629, 119 ; 1667, 27, 6 (5). « Si dans l'intérieur du royaume la force exécutoire des jugements était ainsi limitée, à plus forte raison cette force devait-elle être refusée aux jugements rendus à l'étranger ; » à cet égard, les actes notariés étaient assimilés aux jugements, conformément à la pratique la plus ancienne (6). — Enfin, il est à remar-

(1) Ci-dessus, p. 457, t. II et suiv. Loysel, 890. Du Cange, v° *Garentigia*. Ragueau, v° *Garantie*. Loyseau, *Garantie des rentes*, 12. Pothier, *Procéd.*, n° 438. Cf. note s. ci-contre. — Cout. mérid., p. ex. Ord. 3, 205 ; 4, 8, etc. — Beaum., 35, 6. *Gr. C.*, 2, 17. Bout., 2, 13, etc. Tambour, 2, 82, 171, 181 (obligations passées en justice).

(2) *Gr. C.*, p. 214.

(3) Cf. cep. Paris, 164, 165. Pothier, n° 442 (il n'est plus d'usage d'appliquer le sceau aux actes notariés, quoique l'on paye toujours le droit de sceau). Id., n° 439. C. pr. civ , 547. L. 25 vent. an XI, art. 28 (légalisation, ce qui n'est pas requis pour la signature des greffiers).

(4) Tambour, 2, 197. *Pareatis* (obéissez) est un mot tiré du contexte des lettres. Sentences des juges ecclésiastiques, arbitrales, etc. Cf. Tambour, 2, 172 et suiv.

(5) La Révolution rendit les actes et jugements exécutoires dans toute la France. Const. 1791, 3, 5, 24 (formule exécutoire uniforme). L. 29 sept. 1791 (grosses intitulées au nom du roi et non du juge, et terminées par un mandement à qui il appartient de les faire exécuter). L. 6, 11 sept. 1790, 20, 21.

(6) Cf. C. civ., 2123, 2128. Brodeau, s. Paris, 165 (II, 390) : il faut se pourvoir par nouvelle action par devant le juge du lieu. L'art. 121 de l'Ord. 1629

quer que l'exécution étant dirigée surtout contre la personne, au moins dans les idées traditionnelles, le titre exécutoire émis contre le débiteur restait sans effets contre ses héritiers ; il en fallait prendre un nouveau ; au contraire, le titre exécutoire obtenu par le créancier pouvait être utilisé par ses héritiers : **le mort exécute le vif, et non le vif le mort** (1).

B° **Saisie proprement dite** (2). — Le créancier pourvu d'un titre exécutoire fait adresser au débiteur, par huissier, un commandement de payer la somme due (3) ; faute de quoi l'huissier se transporte sur l'héritage (avec deux témoins) (4), le met sous la main du roi en y apposant des brandons ou panonceaux aux armes du roi (5), y établit des commissaires, publie la saisie par voie d'affiches devant la porte principale de la paroisse où est situé l'héritage et dresse procès-verbal du tout (*exploit de saisie réelle*) (6). Les commissaires établis par les huissiers étaient d'abord de pauvres gens dont la responsabilité était illusoire, ce furent ensuite des fonctionnaires avec un cautionnement (7) ; ils avaient à faire enregistrer la saisie et à

ne faisait que consacrer des règles admises sans difficulté par la pratique. Edit 1778, 2. Boullenois, *Personn. et réalité des lois*, p. 646. Julien, *Statuts de Prov.*, 2, 442. Pothier, n° 441. Glasson, *Procéd.*, 2, 142.

(1) Loysel, 891 (cf. 864). Autres motifs : prévenir les héritiers, les dettes n'incombent pas indistinctement à tous. Tambour, 2, 106, 192 (détails). Cf. cession de créances, *ibid.*

(2) Tambour, 2 131, 259. Sur les autres cas où le patrimoine du débiteur est régi pour le compte des créanciers. *Ibid.*, 2, 414 (succession vacante, bénéfice d'inventaire, absence, faillites).

Cf. la **saisie féodale**, qui est plutôt, à l'origine, une réunion du fief à la table du seigneur à raison de son domaine direct ; le seigneur reprend son bien, mais ce droit de retour tend à se confondre avec la saisie réelle pratiquée par un créancier sur le fonds de son débiteur, à mesure que le droit du vassal sur le fief s'accroît. Quelques particularités subsistent encore cependant à la fin de l'ancien droit, tandis que la saisie censuelle est devenue une saisie ordinaire. Cf. Saisie Féodale, t. I. Tambour, 2, 340, 349. — Sur la confiscation des biens que le vassal tient de son suzerain, cf Ass. de Jér., 1, 304. Procès de Jean sans Terre et travaux récents de Bémont, Luchaire, Guilhiermoz.

(3) Bout., 2, 36. Ord. 1539, 74. Ord. Blois, 175.

(4) Sur les biens insaisissables, cf. Glasson, *Procéd.*, 2, 153. Pertile, 6, 348. Sur la saisie des fiefs, cf. Pertile, 6, 346. Guyot, *loc. cit.*

(5) *Cout. not.*, 118. Panonceaux, petites bannière d'étoffe ou de linge aux armes du roi. Brandons, ci-dessus, p. 553, t. II. Pothier, n° 544 (hors d'usage). Pertile, 1, 339.

(6) Enregistrement au bureau du commissaire à saisie réelle. Cf. publicité actuelle par la transcription du procès-verbal de saisie.

(7) Edit février 1626.

procéder au bail judiciaire des biens saisis, bail que l'on a supprimé dans notre droit à cause des frais et des lenteurs qu'il occasionnait (1). Le débiteur se trouve par là dessaisi de ses biens; tout acte de disposition du fonds ou des revenus lui est interdit (2). Il est donc inutile (et même impossible) à d'autres créanciers de saisir le bien déjà mis sous la main de la justice ; il leur suffit de se pourvoir par opposition ; **saisie sur saisie ne vaut** (3).

C° **Criées et adjudication** (4). — Des criées ou proclamations sont faites à l'issue de la messe paroissiale pour annoncer au public que l'héritage saisi sera vendu et adjugé par décret et provoquer les oppositions des intéressés (créanciers hypothécaires, etc.). Des affiches sont apposées ensuite et un jugement de certification des criées atteste l'accomplissement de ces formalités (5). Le tribunal doit se prononcer sur les diverses **oppositions** : à fin d'annuler la saisie, appartenant à autrui, à fin d'en distraire des biens, à fin de ne faire l'adjudication que sous la charge d'une redevance foncière, à fin de compter quelqu'un au nombre des créanciers ; après avoir vidé ces incidents, il rend un congé d'adjuger (6). On procède à de nouvelles affiches, et, quarante jours après le congé, le saisissant met une enchère au greffe (sorte de mise à prix) ; dans les quarante jours, toute personne peut faire d'autres **enchères** ; on les lit à l'audience et il y a adjudication provisoire au plus offrant ; mais ce n'est qu'après trois remises de quinzaine en quinzaine qu'a lieu

(1) Ce bail, pratiqué dans quelques Coutumes, fut généralisé par l'Ord. 1539, 82, et l'Edit de 1551, 41, dans le but d'empêcher les commissaires qui géraient autrefois les biens saisis, de s'en attribuer les fruits sous prétexte de dépenses et de frais d'administration. Sur ces inconvénients, cf. Glasson, 2, 242.

(2) Immobilisation des fruits également.

(3) Loysel, 899, 758.

(4) Desm., 19, 54, 80, 114, 178 et suiv , 188, 220, 223, 272, 390, 413. *Cout. not*, 118 et suiv. *Gr. C.*, p. 263. *Fragm. d'un répert. de jurispr. paris. au XV^e s*, n^os 57, 101 et suiv. 136, 176. *L. d. droiz*, I, 292. *Anc. C. d'Anjou*, I, 600; II, 325; IV, 349, 451. Bout., I, 69. Masuer, 30. Imbert, I, 57. Pasquier, *Inst*, 611. Guénois, *Conf. des Ord.*, I, 688. Buche, *NRH*, 1884, 347. Pertile, 6, 343. Forget, *Tr. des criées*, 1604.

(5) Edit 1582. Contrôle des saisies, Ed. 1639, 1693, 1775.

(6) L'opposition n'est plus recevable après l'adjudication. Desm., 272, 54, 188. *Cout. not.*, 121. *Gr. C.*, p. 263. Loysel, 906. Paris, 354-359 (après le décret levé et scellé). Ord., 1629, 161 : registre des oppositions. Tambour, 2, 295.

l'**adjudication** définitive par décret (1). L'adjudicataire doit consigner dans la huitaine le prix d'adjudication, faute de quoi l'héritage peut être recrié et adjugé à ses frais sur *folle enchère* (2). Le **décret** forcé rend l'adjudicataire propriétaire (sans tradition) (3); il purge même tous les droits réels dont les titulaires n'ont pas fait opposition, ce qui fait que l'adjudicataire peut acquérir plus de droits que n'en avait le saisi; il n'y a d'exception que pour la directe féodale et censuelle, les servitudes apparentes, le douaire de la femme du saisi, la substitution non ouverte, les rentes viagères (4). En cas d'éviction, l'adjudicataire n'a que le droit de réclamer la restitution du prix (5).

D° **Ordre** (6). — Le prix d'adjudication ne se répartit point, d'ordinaire, par voie de contribution; il y a lieu d'établir un ordre entre les créanciers privilégiés, hypothécaires ou simplement chirographaires (7), ce qui prolonge une procédure déjà très longue et surchargée d'incidents (8).

Droit intermédiaire. — La loi du 9 messidor an III, et surtout une loi du 11 brumaire an VII (autre que celle qui est relative au régime hypothécaire), simplifièrent la procédure dite alors d'expropriation forcée; cette dernière repoussa la règle que le décret nettoie les hypothèques; l'adjudicataire

(1) Tiercement à Orléans, 476 (surenchère du tiers dans la huitaine). C. pr. civ., 708 et suiv. Ailleurs le débiteur lui-même peut reprendre son bien dans l'an et jour (*rabattement de décret* en Languedoc, etc.). Cf. *Fragm., d'un répert. de jurispr. paris. au XV^e s.*, p. 25, 90. Pertile, 6, 343. Petiet, Thèse, 1884.

(2) Denisart, *h. v°*.

(3) C'était un jugement. Sur le décret volontaire, ci-après, Purge. En Hainaut, l'adhéritance est requise. Cf. Loysel, 203.

(4) Desm., 220, 390. *Cout. not.*, 121, 127. Paris, 354 et suiv. Loysel, 904. Glasson, 6, 612. Petiet. Thèse, 1884. Cf. décret volontaire, ci-après, Purge. Cet effet a son origine dans la forme de la saisie. Ci-contre, p. 552, 293, t. II et suiv., 339, t. II, *Olim.*, t. 3, p. 557. *Jost.*, 16, 2, 1. Desm., 413. Glasson, *Proc.*, 2, 245 (nombreuses particularités locales). Petiet, *op. cit.* La confiscation purgeait-elle les droits des tiers? *Cout. not.*, 35. Desm., 174.

(5) Loysel, 905 : le poursuivant criées n'est de rien fors des solennités d'icelle. Cf. Beaum., 43, 3.

(6) Fleury, *Inst.*, 2, 198. — Sous-ordres, ci-après. Tambour, II, 155.

(7) Privilège du premier saisissant absorbé en matière immobilière par l'hypothèque judiciaire. Beaum., 34, 52; 24, 2; 55, 1. *AC. Picardie*, éd. Marnier, p. 91. Esmein, p. 164. Tambour, 2, 311.

(8) La L. 11 brum. an VII réduit à cinquante jours les délais. Cf. Glasson, *Proc.*, 2, 247 (simplification sous l'Ancien Régime).

n'acquit plus d'autres droits que ceux qu'avait le saisi (1).

7. — **Nantissement immobilier** (2). — La constitution de sûretés immobilières trouva des obstacles, comme l'aliénation elle-même, dans le droit supérieur de la famille et dans celui du seigneur. Dès l'époque franque, des fonds de terre sont cependant donnés en gage par des débiteurs à leurs créanciers pour répondre du payement de leurs dettes, tantôt en pleine propriété (**contrat pignoratif, vente à réméré**), tantôt en jouissance (**engagement**). Dans les deux cas, le fonds passe entre les mains du créancier. Souvent cependant la possession du gage est un embarras pour lui et le débiteur a intérêt à ne pas s'en dessaisir; on parvint par divers moyens à concilier ces besoins avec la nécessité d'une garantie efficace pour le créancier : ainsi en France, à l'époque féodale (3), quand l'exécution sur les biens fonds devint d'usage courant, on organisa une sûreté nouvelle donnant au créancier les mêmes avantages qu'un gage réel sans que le débiteur fut dépossédé; connue d'abord sous le nom d'**obligation** (4), elle finit par se confondre avec une institution romaine, l'**hypothèque**, à laquelle on peut trouver des précédents analogues : l'aliénation fiduciaire et le *pignus*.

8. — **Contrat pignoratif** ou **vente à réméré** (5). — Dans les

(1) Droit intermédiaire, Tambour, 2, 433. C. civ., 2204. C. pr. civ., 613, 749. L. plus simple du 2 juin 1841.

(2) Ci-contre, Gage mobilier. Esmein *, *Et. s. les Contrats*, 1883. Viollet, p. 731. Glasson, 3, 142; 7, 663. Peltier, Thèse, 1893. Flammer, *Le droit civil génevois*, 1875. Brunner, *Grundz.*, 189. Meibom, *Deutsch. Pfandr.*, 1867. Franken*, *Franz. Pfandr.*, 1879. Kohler, *Pfandr. Forsch.*, 1882 (cf. *ZSS*, 1885, *GA*, 200). V. Schwind, *Pfandr.* 1899. Heusler*, 2, 138. Stobbe, 2, 293. Schrœder, 286, 710 (bibl.). Sohm, *ZfprivR.*, 5, Huber, 4, 785. Amira, *OR*, I, 193. Wigmore, *Harw. Law Rev.*, 1897. Pollock et M., II, 117. Pertile, § 154 (IV, 515).

Post, 2, 670. Dareste, *Etudes*, *passim*. Kohler, *ZVR*, 1885, 185. Girard, *Manuel de dr. rom.*, 758. Beauchet, *Hist. du dr. privé athén.*, III, 176. Guiraud, *La propr. foncière en Grèce*, 1893.

(3) Sur l'ordre d'apparition de ces diverses sûretés, leur coexistence, ci-après. Cf. Heusler, § 101.

(4) Droit allemand : la *Satzung* ancienne correspond à l'engagement du droit français; la *Satzung* récente (du XIII[e] s.), à l'obligation; c'est une copie de la procédure d'exécution sur les immeubles, et, par suite, un dérivé de la mise hors la loi. Actuellement, *Satzung* = statut, règlement; *versetzen* = mettre en gage. Cf. ci-après, Histoire du mortgage anglais.

(5) Franken, p. 98, 175. Heusler, § 102. Schœder, p. 286. Peltier, p. 118. — Dr. canon : **X**, 3, 17; 5, 19 (et comment.). — Ferrière, Guyot, Denisart,

vieilles législations l'engagement d'un fonds se présente fréquemment sous la forme d'une véritable aliénation ; le créancier reçoit une terre en pleine propriété comme on lui donne un gage mobilier ; il la restituera si la dette est acquitté à l'échéance, sinon il en aura la propriété définitive (1). A l'époque franque (2) et même quelquefois dans la suite, cette opération est fréquente. La propriété du fonds est conférée au créancier par voie d'investiture conditionnelle ; le plus souvent la condition est résolutoire, c'est-à-dire que le créancier devient *hic et nunc*, mais ne cesse de l'être si la dette est acquittée (3). Il arrive aussi que la condition est suspensive (4) ; le créancier ne devient propriétaire qu'à l'échéance, s'il n'est pas payé. Mais dans tous les cas, il détient le fonds ; il en a la jouissance, sans que les fruits qu'il recueille viennent en déduction de la dette (5) ; il en acquiert la propriété définitive faute de paye-

h. v°. Pasquier, *Inst.*, p. 619. Pothier, IX, 491 (éd. B.). *Ac. Lég. Toulouse*, 5, 208. *Dr. musulman*, Thèse de Lescure, 1900. Brunschwig, *Contrat. pign.*, Thèse, 1901. — Dareste, *Etudes*, p. 27 (Hébreux), 7, 57 et suiv., 76, 90, 95.

(1) L'objet périt ou se détériore pour le créancier, car, s'il n'existe plus ou s'il est dégradé, le débiteur n'en réclamera pas la restitution. Soest, a. 1120. *Sachsensp.*, 3, 5, 5. C'est pour cela que *Liut.*, 108, permet au créancier d'exiger le payement de la dette, quoiqu'il soit devenu propriétaire du gage. — Le créancier, propriétaire du gage, l'aliène, le donne en gage, ce qui peut en rendre le recouvrement difficile pour le débiteur ; l'aliénation sous condition suspensive ne présente pas cet inconvénient.

(2) *Cart. de Redon*, n°s 34, 35, 133, 135, 200 ; *de Cluny*, t. 2, p. 21, etc. Thévenin, n° 120. Rozière, *Form.*, n°s 374 et suiv. Textes dans Heusler, not. Muratori, *Ant. ital.*, 3, 116 ; *Cod. Cav.*, I, n° 70, 73 ; *Cart. Langob.*, n° 9, etc. Persistance du gage en propriété dans le droit anglais (Glanville, 10, 6. Ci-après, Mortgage), dans le droit allemand (Meibom, 273 ; Franken, § 13). Cf. Bout., 1, 102, 3. Ass. de Jérus., *C. des B.*, 32. Franken, p. 148. — Cf. Théorie des rentes : l'assignat des rentes emportait aliénation, ci-dessus, p. 478, t. II. Britz, p. 890 : confusion des engagères et des ventes à faculté de rachat usitées en cas d'emprunt sur gage immobilier (Luxembourg).

(3) A la rigueur, un nouveau transfert de propriété était nécessaire ; il n'est guère croyable que la propriété fit retour de plein droit au débiteur. Mais les textes sont peu explicites. Heusler, § 93, 102, 103 (2, 138) : transfert sans *resignatio* ou *Auflassung*, de manière à laisser au débiteur un droit réel sur le fonds ; en ce cas, la *resignatio* devrait avoir lieu après coup au profit du créancier non payé. Ce système ingénieux ne nous paraît pas avoir de base suffisante dans les textes Ci-dessus, p. 307, t. II.

(4) Rozière, n° 377. En droit lombard, le débiteur fait la *traditio cartae* au créancier, et celui-ci s'oblige par écrit à restituer la *carta* ; le débiteur garde le fonds.

(5) L'amortissement de la dette à l'aide des revenus du gage était en

ment (contrairement au droit romain qui proscrit la *lex commissoria*) (1); et il n'aurait pas le droit de poursuivre le débiteur en offrant de lui restituer son gage. Cette opération, dangereuse pour le débiteur parce que le créancier ne manquait pas d'exiger un gage d'une valeur supérieure au montant de la somme due, se heurtait aux droits de la famille et depuis l'époque féodale à ceux du seigneur (2); elle fit place d'ordinaire à l'engagement. Néanmoins elle ne disparut point d'une manière complète. C'est un des nombreux moyens employés pour tourner la prohibition du prêt à intérêt; les casuistes l'interdisent sous le nom de contrat pignoratif (3); il se distingue de la vente à réméré, qui est licite, par deux traits, la vileté du prix et la relocation immédiate du fonds au vendeur (4).

9. — **Engagement** (5). — Pour se dispenser d'obtenir le consentement de ses parents ou du seigneur, le débiteur donna ses terres en gage à ses créanciers de façon à ce qu'ils n'en eussent que la possession et la jouissance (6); en effet, il ne

opposition avec l'esprit de l'ancien droit, d'après lequel le gage était la propriété provisoire du créancier, et les frais de culture et d'entretien, la perte même étaient à sa charge.

(1) Pertile, 4, 541. Cf. *Liut.*, 147. *Roth.*, 247. Du Cange, v° *Transactum*.

(2) Consentement des héritiers, retrait. Ci-dessus, p. 381, t. II. Fiefs : consentement du seigneur, *L. Feud.*, 2, 55. *Schwabensp.*, 32, 6; 72, 2. Fief constitué à titre de gage, *Pfandlehn*. Homeyer, *Sachsensp.*, II, 345. Kohler, *Pfandr. F.*, 291.

(3) Endemann, *loc. cit.*, Neumann, *Wucher*, p. 197. Laurière, *Tén. de 5 ans*, c. 5, 6. Franken, p. 155, 178, 183.

(4) 1[us] emprunte 100 à 2[us] en lui donnant pour gage le fonds A; c'est comme s'il vendait A à 2[us] pour 100 avec faculté de reprendre A pour ce prix; car dans les deux cas, 1[us] ne recouvre A qu'en payant 100 à 2[us]. Au point de vue économique, la vente à réméré se confond avec l'emprunteur sur gage, car le propriétaire qui vend son fonds en se réservant la faculté de le racheter, n'agit ainsi que parce qu'il a besoin d'argent. Au point de vue juridique, la distinction est fort délicate. L'emprunteur sur gage peut, dit-on, être contraint à payer comme tout débiteur, tandis que rien n'oblige le vendeur à rémérè à racheter son bien. Le premier garde la propriété du fonds engagé, tandis que le vendeur ne l'a plus. Ni l'une ni l'autre de ces différences n'existaient dans le très ancien droit. Par la suite, ces deux opérations s'étant séparées, on vit des marques distinctives dans les caractères indiqués au texte. *Otim*, III, 1, 107. Loysel, 484. Laur., s. Paris, t. I, p. 273. Guyot, v° *Contrat pign.*

(5) Guyot, v[is] *Engagement*, *Assiette de terre*, *Assignat*, etc. Franken, p. 98. Kohler, *Pfandr. F.*, 79, 134. Stobbe, § 106. Esmein, p. 160. Peltier, p. 143. — Ord. 1188 : *vadium vel assignamentum. Summa Norm.*, 111. — Werminghoff, *Die Verpf. d. Reichsstädte*, 1893. Glasson, 7, 664.

(6) Il ne cessait pas d'être vassal, etc. Cf. dr. allem. et anglais. Sur les

disposait par là que des fruits et revenus, des *issues* ou *dépouilles*, et cela rentrait dans ses droits (1). De même lorsque l'inaliénabilité du domaine de la couronne eut été proclamée, les rois le donnèrent en gage à leurs créanciers (2). L'engagement immobilier se réalise par voie d'ensaisinement seigneurial comme l'aliénation elle-même (3), et quand ces formes tombèrent en désuétude, il résulta d'une tradition matérielle (4). En tout cas, le débiteur était dessaisi; le créancier acquérait la saisine à titre de gage; il jouissait par conséquent de la protection possessoire à l'encontre des tiers et même à l'encontre du constituant (5). Les fruits et les revenus lui appartenaient, tantôt à condition de les imputer sur le capital, **vif-gage**, tantôt sans imputation, en pure perte pour le débiteur, **mort-gage** (6) : *le*

alleux, cf. auteurs cités. Conditions de validité, Franken, p. 191, *Secùs*, Glasson, *l. c. Cart. de N.-D. de Chartres*, n° 265. Mais cf. Britz, p. 928 (*pignus stabile*).

(1) On le qualifie de vente des revenus, du *poil* (dépouilles), de constitution d'usufruit. *Cart. de Cluny*, n° 908. Ord. 1204 (croisés), 1208 (chrétiens débiteurs de juifs). Beaum., 38; 35, 2 (fief); 17, 7; 24, 4; 34, 13; 44, 52; 68, 11; *AC. Champ.*, 4. Saint-Dizier, 164. *Jost.*, 8, 3, 5; 12, 6, 38 (débiteur mineur). *Olim*, I, 690; II, 369, etc. *TAC. Bret.*, 296 (à 12 ans quittes). Bout., I, 35, 78 (Esmein, p. 165, cite éd. 1486). *NRH*, 1880, 375 (gagière à Metz: vente du fonds à un acquéreur fictif qui l'engage au créancier). *AC. Artois*, 22; *AC. Bourg.*, 33 (Giraud, 2, 275) : vente à trois ans *sans le consentement du seigneur. Us. de Guisnes*, éd. Tailliar, p. 343. Le retrait lignager n'était permis que contre un engagement perpétuel, véritable aliénation déguisée. Beaum., 44, 52. Bergerac, 49. *TAC Bret.*, 220. *AC Anjou*, t. II, p. 239. — Immeubles incorporels, Pertile, 4, 520. Peltier, 188. — *Pfandschilling*, sorte de prix d'achat fictif. Franken, 108, etc. Werminghoff, p. 13 et suiv. — Garantie due par le constituant.

(2) Cf. Domaine de la couronne, t. I. Epoque révolutionnaire, cf. L. 22 nov. 1790, 10 frim. an II, 14 vent. an VII. *Code civil interm.*, Table, v° *Domaine engagé*. Dalloz, *Répert.*, *id.*

(3) Conflit entre deux engagistes ou un engagiste et un acheteur; la priorité de l'ensaisinement est décisive. Beaum., 34, 13, 14, 15 (Peltier, p. 184); 52; 51, 20. *L. d. dr.*, 852. *C. d'Anjou*, XIX, 632 (éd. B.-B.). Montpellier, 41. Toulouse, 109 et suiv., 142 et suiv. Franken, p. 116. *NRH*, 1885, 206 (*engagère* par motte de gazon, à Metz). Quand la dette est éteinte, le débiteur a le droit de rentrer en possession de son bien sans ensaisinement seigneurial. Contre-prestation. Beaum., 34, 58 et suiv. Franken, p. 103 et suiv. — Le seigneur ne pouvait pas se dispenser d'ensaisiner à titre de gage : il pouvait s'opposer par voie de retrait à l'aliénation.

(4) Ci-dessus, p. 316, t. II.

(5) Beaum., 32, 30, 13. *L. d. dr.*, 124, 630, 637. Desm., 34, 108, 177. Glanville, 13, 28 (*seisina ut de vadio*; mais elle n'a que peu d'effets à ses yeux). Sur la *Gewere* en Allemagne, difficultés. Ci-dessus, p. 260, t. II. Pertile, 4, 518. Franken, p. 110.

(6) **Droit anglais** : du temps de Bracton, l'engagement des terres semble

vif-gage est qui s'acquitte de ses issues, le mort-gage qui de rien ne s'acquitte (1). Dans le mort-gage, les fruits étaient comme des intérêts payés au créancier, au moins dans la mesure où leur valeur excédait les frais d'entretien et de culture du fonds : il y avait là une forme de l'usure tellement entrée dans les mœurs qu'elle passa longtemps inaperçue ; au douzième siècle, l'Eglise se décide à la proscrire avec d'autant plus de rigueur qu'elle paraît avoir été pratiquée surtout par les établissements religieux (2). A partir de cette époque, le mort-gage disparut de la la pratique française, sauf dans quelques cas exceptionnels

en usage comme sur le continent ; mais la pratique décrite par Glanville est différente, et peut-être est-ce dans le gage en propriété dont nous parle ce dernier qu'il faut chercher l'origine du **Mort-gage** de la *Common law*. Sous cette dénomination on désigne une véritable aliénation du fonds au créancier sous la réserve qu'elle sera résolue si le débiteur paye à l'échéance ; au cas où il ne s'acquitte pas à ce moment, la terre est irrévocablement perdue pour lui. Un premier tempérament à ce droit rigoureux consista dans la clause en vertu de laquelle le débiteur conservait la jouissance à titre de *tenant at will*. La jurisprudence des Cours d'équité le ruina en ne reconnaissant au mortgagiste qu'une sûreté pour le remboursement de sa créance et en laissant au débiteur tous les droits d'un propriétaire ; l'échéance n'entraîna même pas pour lui la perte irrévocable du bien, comme cela aurait lieu *at law*, mais il eut le droit de le reprendre à condition de payer dans un délai raisonnable. Sous cette forme, le mortgage offre la plus grande analogie avec l'hypothèque. La simple remise au créancier des titres de propriété constitue un mortgage en équité. En général, le mortgage ne se forme plus par la voie féodale de l'investiture, délaissée depuis longtemps, mais par un simple *deed*. « Depuis une loi du 22 août 1881, le créancier, au lieu de se payer en nature sur l'immeuble engagé, peut, s'il le préfère, le vendre et se payer sur le prix. » Lehr, p. 157. Glasson, *Inst. d'Angl.*, 3, 238 ; 2, 310 ; Pollock et M., *loc. cit.*

(1) Loysel, 485. Du Cange, v° *Pignus*, etc. Glanville, 10, 6, 8. *Reg. Maj.*, 3, 5. J. d'Ibelin, 32. Beaum., 68, 11. *Summa Norm.*, 111, 11. P. de F., p. 115, 119. Bout., I, 72. Blackstone, t. 2, p 441. Toustain, *Le mortgage de Norm.*, 1577. Thellier de Poncheville, *Vente à t. de mortgage*, 1879 (17 p.). Huber, IV, 786. Pertile, 4, 518. Franken, p. 123. — En droit allemand, le vifgage s'appelle *Todsate* ou *Todsatzung*, c'est-à-dire mortgage, parce qu'il *amortit* la dette. Par exemple *ältere Satzung* en général, *Reichspfandschaft*. Cf. engagiste du domaine en France ; jouissance jusqu'au remboursement. — Sur l'antichrèse (illicite dans l'ancien droit). cf. Pothier, *Hypoth.*, n° 229.

(2) En 1164, **X**, 5, 19. Beaum., 68, 11. Glanville, 10, 8. *Gr. C. Norm.*, 20. L'opération n'est pas annulée, mais réduite à un vifgage. En Allemagne, concession de fief jointe à l'engagement pour éviter l'accusation d'usure. Pourquoi on a toléré le mortgage anglais, cf. Franken, p. 189. — En 1199, exemple de mortgage dans le Midi, Pasquier, *Doc. rel. à la seigneurie de Boussagues*, p. 50. Viollet, p. 734. *Cart. de Saint-Victor*, n° 1117. Endemann, II, 337.

(apanage de puînés ou dot de filles ; don et aumône d'Eglise) (1). Le droit canon interdit aussi le pacte commissoire, c'est-à-dire la convention en vertu de laquelle le créancier retenait en payement le bien engagé, si la dette n'était pas acquittée à l'échéance (2). L'engagement ne faisait jamais acquérir la propriété au créancier, si longtemps qu'il durât (3).

10. — **L'Obligation** (4). — Les deux garanties dont il a été question avaient le défaut de déposséder le débiteur (5), tandis que l'hypothèque romaine lui permettait de conserver ses fonds de terre sans diminuer la sûreté du créancier. Le droit coutumier revint à l'institution romaine en passant par l'intermédiaire de *l'obligation* (6), ou convention par laquelle le débiteur affecte *d'avance* ses biens immobiliers au payement de ses

(1) Loysel, 485. Bout., 1, 25. Beaum., 22, 2. *Olim*, t. I, p. 449, n° 8. P. de F., 15, 14. Laurière, *Tén. de 5 ans*, 4. Franken, p. 130. Peltier, p. 203.

(2) Déjà à l'époque barbare, la réaction contre l'acquisition de la propriété du gage au créancier impayé se fait jour dans la *L. Wis.*, 5, 6, 3, et dans les *Faux Capit.*, VII, 299, 313. *L. Feud.*, 1, 27 ; 2, 51. *Ordo judic.* (*incerti auct.*), 2, 11, **X**, *de pign.*, 7. Beaum., 54, 6. Ragueau, v° *Tresfoncer*. Le *Verfallspfand* devient un *Verkaufspfand*, mais tout d'abord la vente est fréquemment faite par le gagiste lui-même. Milan (a. 1216), 15, et non comme dans le droit qui prévalut, par la justice et au moyen d'enchères publiques. La justice vend et garantit, dit Beaum., 54, 1. A Lille, mortgage pendant deux ans et deux jours, après quoi la terre est *forfaite*. Roisin, p. 61. Système intermédiaire de la remise au créancier des biens saisis sur estimation jusqu'à due concurrence : Beaum., 43, 3 ; 54, 8. *TAC. Bret.*, 296. Metz, *NRH*, 4, 342. Arles, 8. Cf. Franken, p. 136, 148. Ass. de Jér., *C. des B.*, 32. Montp., 40. Alais, 6. Endemann, II, 341.

(3) Beaum., 24, 4. Cf. dr. anglais : une fois mortgage, toujours mortgage.

(4) Esmein*, p. 177. Britz, p. 923. Franken, p. 7. Heusler, II, 143. Pertile. § 154. *Siete Part.*, V, 13. Stobbe, § 107. Kohler, *op. cit.* — Cf. *Tract. univ. jur.*, t. 6.

(5) Le même fonds peut être obligé envers plusieurs, il ne peut être engagé qu'à un seul. Le gage primitif libère le débiteur (comme aujourd'hui, le délaissement libère le tiers détenteur) ; l'obligation ou hypothèque est l'accessoire de la dette personnelle, et le débiteur reste tenu si le fonds hypothéqué ne suffit pas à désintéresser le créancier. Ce fonds est vendu judiciairement, tandis que le gage primitif devient la propriété du créancier. Notons que ces traits de l'hypothèque moderne ont eu de la peine à se dégager ; à l'origine ou dans des coutumes retardataires, le même fonds ne peut être obligé qu'au profit d'un créancier ; s'il périt, le créancier n'a droit qu'aux débris, etc. Stobbe. § 107. Huber, IV, 793, 21. Britz, p. 924. La garantie due par le constituant du gage peut équivaloir à une obligation personnelle.

(6) Obligation a encore le sens d'hypothèque dans la pratique (on dit : *contrat d'obligation*.

dettes (1) : du moment où, la propriété individuelle s'étant mieux dégagée, le débiteur les aliénait à échéance, quand il se trouvait dans l'impossibilité de faire face à ses engagements, il était tout naturel qu'il permît de les saisir et de les vendre, en contractant la promesse elle-même. Le débiteur gardait ses terres (2), mais, à l'échéance, le créancier impayé se trouvait à peu près dans la même situation que s'il les avait reçues en gage (3). Dès les premiers temps, l'obligation put être générale ou spéciale.

A° **L'obligation générale** (4) porte sur tous les biens du débiteur, meubles et héritages, biens présents et à venir (5) ; elle n'est munie ni du *droit de suite*, de sorte que les aliénations, à

(1) L'obligation diffère trop de l'hypothèque romaine pour qu'on puisse voir en elle une résurrection de cette institution oubliée. Cf. *Liut.*, 67. Sa formation nous paraît s'expliquer plutôt par voie coutumière comme il semble que s'explique la *jüngere Satzung* du droit allemand (Franken, Brunner) ; celle-ci est issue de la procédure d'exécution sur les immeubles ; elle ne donne au créancier ni la propriété ni la jouissance des immeubles du débiteur ; mais elle le place d'avance, pour l'époque de l'échéance, dans la situation de celui qui aurait obtenu un jugement condamnant le débiteur et prononçant la *missio in bannum* de ses biens. L'effet de l'obligation en droit français est analogue. — Dans l'opinion commune, la *jüngere Satzung* aurait apparu dans les villes au treizième siècle (Situation particulière des biens urbains, maisons, que le débiteur ne peut délaisser. Heusler, 2, 135 et § 104, soutient que la *jüngere Satzung* est aussi ancienne que l'*ält. Satz.* ; celle-ci aurait servi pour les dettes certaines, par exemple pour le prêt, le créancier voulant avoir un gage entre les mains ; l'autre se serait appliquée aux obligations futures, incertaines, comme la garantie ou le cautionnement, pour lesquelles il n'y avait pas lieu de se dessaisir *hic* et *nunc* (Ex. p. 147 : *Fürpfand*, *subpignus*, dans le Sud).

(2) Formes de transition : l'engagiste retransfère la possession du fonds au débiteur, qui sera désormais son locataire, son vassal, etc. Huber, IV, 788, 8. Engagère à Neufchâtel jusqu'en 1850 : vente à temps ou avec faculté de rachat, le créancier pouvant laisser le fonds au débiteur. Ostervald, *Lois, us et cout. de Neufchâtel*, p. 230. Cf. aussi Mortgage anglais. Ci-après, G. Durand (précaire). Viollet, p. 672.

(3) La parenté entre le gage judiciaire et l'hypothèque ressort bien de l'exposé du droit belgique donné par Britz, p. 927 : l'hypothèque se constitue par les œuvres de loi, quand on a donné mandat pour réaliser, par saisie ou arrêt, mise de fait, plainte à la loi, mainassise et autres voies semblables (hypothèque judiciaire) ; en Hainaut, la saisie réelle conduisait au même résultat que l'hypothèque. Cf. p. 931 (privilège du saisissant).

(4) P. de Font., 15, 27. Beaum., 35, 20 ; 70, 10. *AC. Picardie*, p. 94. G. Durand, *de Obl.*, 3, 3. *Gr. C.*, p. 217. *L. d. dr.*, n° 690. AC. Bourges, 155. Masuer, 30, 2. *Cart. d'Avenay*, n° 102. Bout., I, 25, 102.

(5) *Siete Part.*, 5, 13, 5 : elle ne s'étend pas à la concubine (*barragana*) et à ses enfants, aux domestiques, etc. *Wis.*, 2, 5, 7.

titre onéreux tout au moins, opérées par le débiteur sont opposables au créancier (1), — ni du *droit de préférence*, car c'est la priorité des poursuites seule qui donne la préférence (2). A quoi sert-elle donc? à écarter le vieux principe de l'insaisissabilité des immeubles (3) et à rendre responsable des dettes du débiteur l'héritier des immeubles lui-même, à l'époque où les dettes ne se payent que sur les meubles (4).

B° **L'obligation spéciale** (5), au lieu de porter sur le patrimoine tout entier du débiteur, n'atteint qu'un immeuble déterminé, mais elle gagne en énergie ce qu'elle perd en étendue, au treizième siècle déjà elle comporte les droits de suite (6) et de préférence (7), et, par suite, prévaut sur l'obligation générale (8).

C° **Assimilation de l'obligation générale à l'obligation spéciale** (9). — Du jour où il fut admis que les immeubles étaient sujets à saisie, l'obligation générale aurait dû disparaître.

(1) Beaum., 70, 10. Artois, 5, 1. Bout., 1, 25. Viollet, 737. Cf. *jüng. Satz.* en droit allemand (*id.*). Britz, p. 925.

(2) Beaum., 35, 20; 34, 52; 54, 6.

(3) Elle permet la saisie là où elle est interdite, *AC. Picardie*, p. 90, et là où elle est possible, elle facilite la procédure. Beaum., 35, 2. *Olim.*, 3, 158, 3.

(4) D'ordinaire, le débiteur oblige lui et ses hoirs. Beaum., 35, 19, etc. *Gr. C.*, p. 217. Cf. Loisel, 329. Huber, IV, 789. En Angleterre, ces clauses sont indispensables jusqu'en 1833 (*specialty binding the heir*). — Le droit récent est constaté par Masuer, 30, 2 : la coercion de *nisi* (excommunication) et la contrainte par corps cessent contre l'héritier, mais non l'obligation, car l'héritier ne fait qu'un avec le défunt.

(5) Beaum., 20, 12. Cf. rente constituée : assignat spécial. Id., *jüng. Satz.*

(6) Beaum., 34, 52; 38, 11; 54, 5; 70, 11 et suiv. *AC. Artois*, 5, 2. — On trouve des lettres obligatoires où le débiteur promet de ne pas aliéner le fonds qu'il oblige. Stobbe, 2, 309 (difficultés avant les XIV^e^ et XV^e^ s.). Pertile, IV, 721 (acte de l'a. 777). Huber, IV, 788, 9. Mais cette promesse n'était pas opposable à un tiers acquéreur dûment ensaisiné. Comment a-t-on reconnu un droit de suite au créancier? Ce droit appartenait à l'engagiste qui avait rétrocédé le fonds engagé, par exemple à titre de bail. Il se peut que cette opération compliquée ait été sous-entendue et que l'influence de l'hypothèque romaine ait agi dans le même sens.

(7) Ce droit existe si le fonds a été aliéné, car il n'y a que le créancier qui puisse le reprendre au tiers acquéreur. Quand l'immeuble aliéné est encore entre les mains du débiteur, c'est plus douteux. Bout., p. 386 (éd. Char., 1606). Esmein, p. 186.

(8) Bout., I, 25. *TAC. Bret.*, 308. *AC. Bourges*, 185. *L. d. dr.*, 321. L'Hommeau, 3, 327 et suiv. Plus tard, privilèges. Britz, p. 926 (garantie de Bruxelles).

(9) *TAC. Bret.*, 307. *AC. Bourges*, 155. *L. d. dr.*, n^os^ 690, 757. Dumoulin, s. Paris, 43, 1, 96 : *tantum operatur generalis hypotheca quantum specialis.* Loisel, 501 (b. de discussion). Ferrière, v° *Hyp.* et v° *Discussion.*

Les praticiens la conservèrent en lui attribuant tous les effets de l'obligation spéciale (quatorzième, quinzième siècle) (1). On peut dire qu'à partir de ce moment l'obligation se rapproche de l'hypothèque romaine et mérite plutôt ce dernier nom (2). Si graves que soient les différences qu'on relève entre elles, elles n'empêchent pas que, dans son ensemble, la théorie romaine de l'hypothèque ne soit adoptée par notre ancien droit. Notons les principaux points sur lesquels on s'en écarte : *a*) l'hypothèque sur les meubles, admise à Rome, est rejetée en général (3); *b*) tandis qu'à Rome l'hypothèque se forme par simple pacte, l'ancien droit français exige des formalités; *c*) l'hypothèque judiciaire est une création du droit français; *d*) ainsi que la purge.

II. — **Constitution de l'hypothèque. — Pays de nantissement** (4). Dans le Nord de la France, l'obligation ne put s'établir sans l'accomplissement des œuvres de loi, tout comme l'aliénation (5); à cette condition seulement elle conféra les droits de suite et de préférence; le débiteur dut se dessaisir entre les mains du seigneur, lequel, à son tour, ensaisina le créancier, et le juge, comme on l'a vu, prit la place du seigneur (6). L'intervention du tribunal eut pour effet de porter

(1) Le lien entre la force exécutoire et la forme obligatoire des actes dut contribuer à ce résultat, comme aussi l'existence de l'hypothèque générale en droit romain. — Fleury, *Inst.*, 2, 16 : clause de style : l'hypothèque spéciale ne déroge pas à la générale et la générale à la spéciale. Esmein, p. 190.

(2) L'influence romaine n'a fait que hâter et faciliter une évolution spontanée du droit coutumier. — Cf. sur l'hypothèque, Paul, 5, 28, 4, *L. rom. Wis.*, p. 438). *Wis.*, 5, 6. *Petrus*, II, 47 et suiv. *Hypotheca* : Montpellier, 38. *Poderagium*, Toulouse, 109; ailleurs assignat, encombrer, empêcher.

(3) Ci-dessus, p. 234, t. II. Esmein, p. 198. Viollet, 740. Cf. Fleury, 2, 20. Britz, p. 960. Argou, 4, 3 (là où elle est admise comme dans les pays de droit écrit, elle ne donne qu'un droit de préférence). Cf. mortgage mobilier en Angleterre.

(4) Ci-dessus, p. 323, t. II (bibl.). Esmein, p. 190. Britz, p. 927.

(5) Coutumes d'ensaisinement (Valois, etc.) : les rentes ensaisinées sont préférées à celles qui ne le sont pas; les rentes non ensaisinées sont préférées aux dettes non privilégiées. Argou, 4, 3. Ci-dessus, p. 297, t. II.

(6) L'engagement en propriété n'était possible, pour les biens féodaux, qu'au moyen des formalités de la dessaisine-saisine; il constituait, en effet, une véritable aliénation, et celle-ci supposait le consentement et l'intervention du seigneur. Cf. mortgage anglais, *altere Satzung* allemande. Il n'en était pas de même de l'engagement en jouissance qui ne compromettait pas les droits du seigneur; mais en ce cas, pour acquérir le droit de vendre l'immeuble, le créancier avait besoin de l'ensaisinement seigneurial, des œuvres de loi. Ce dernier procédé s'appliqua à l'obligation. *AC. Picardie*, p. 91 (le débi-

l'hypothèque à la connaissance de tous ; la **publicité**, l'une des bases essentielles d'un système hypothécaire rationnel, s'introduisit sous le couvert d'usages féodaux (1). La **spécialité** du gage, autre principe non moins important, était également impliquée dans le système du nantissement, puisqu'il n'était possible de se dessaisir entre les mains du seigneur que d'un fonds déterminé et non pas d'une manière vague de toutes les terres qu'on avait ou qu'on pouvait avoir. L'inscription sur les registres du greffe, dans laquelle se résumait l'opération tout entière, était à la fois publique et spéciale, spéciale puisque le fonds hypothéqué y était désigné de la façon la plus précise, publique, car les registres étaient ouverts à tous (2). L'édit de 1771 abrogea ces pratiques pour soumettre les pays de nantissement au régime de droit commun en matière hypothécaire (3).

12. — **Droit commun coutumier** (4). — **L'hypothèque con-**

teur oblige spécialement sa maison, il s'en dessaisit en la main du seigneur et en fait saisir le créancier). Beaum., 54, 5, parle du consentement du seigneur à la constitution d'une obligation spéciale. Bout., I, 25. Dans le droit commun, la nécessité du consentement du seigneur et de l'intervention seigneuriale fut écartée comme pour le transfert de propriété. Beaum., 27, 8 et 9. Desm., 274. Toulouse, 109, 111[s], 131, 142 : *poderagium* constitué par acte public avec intervention du viguier pour les alleux, du seigneur pour les fiefs et les censives. — Cf. *jüngere Satzung* allemande : déclaration devant le tribunal ou le Conseil de ville, inscription sur des registres publics. L'influence du droit romain fit souvent abandonner ces formes.

(1) Publicité en Italie, à Venise en 1288 (registres où sont inscrits tous les contrats relatifs aux biens fonds). etc., Pertile, IV, 523 (bibl.) ; en Allemagne, Hambourg et Lübeck, aux treizième, quatorzième siècles ; villes prussiennes, L. 28 sept. 1693 ; Prusse, L. 4 fév. 1722, 20 déc, 1783, Code 1794.

(2) *AC. Artois*, 22. Bout., I, 25. Verm., n° 77 (éd. B.-B.). Les vieilles formes persistent dans certaines Coutumes, par exemple Péronne, 260 ; ailleurs tout se réduit à une inscription, Cambrai, 5, 11. Il y a, d'ordinaire, un registre des nantissements. Un arr. de règl. du 27 juill. 1673 dispense du nantissement l'hypothèque de la femme, celle du mineur, l'hypothèque judiciaire. Cf. détails dans Britz, p. 939, 957 (Hainaut : *rapport d'héritage* : le débiteur se déshérite du fonds sans adhériter le créancier, mais il est entendu que le fonds pourra être vendu à la requête du créancier impayé, et dans ce cas le juge adhérite l'acquéreur).

(3) L'Edit ne fut pas appliqué partout ; le D. du 19 sept. 1790 déclare que dorénavant la transcription du contrat constitutif d'hypothèque tiendrait lieu de nantissement.

(4) Negusantius, *De pign.*, 1589. Leschassier, *Œuvres*, 1652. D'Aguesseau, *Œuvres*, éd. 1789, XIII, 620. Traités des hypothèques : Basnage, 1687, 1724 ; Estienne, 1705 ; Olivier ; Pothier, 1767 ; Soulatges, 1761. Guyot, Ferrière,

ventionnelle ne peut résulter que d'un acte notarié (1). — On n'est d'accord ni sur la date, ni sur la raison d'être de cette règle. Nos anciens auteurs en présentent deux explications qui, l'une et l'autre, ont encore des partisans. — 1° *L'hypothèque est une conséquence de la force exécutoire de l'acte notarié et résulte de l'apposition du sceau public.* A l'origine, l'obligation se rattachait étroitement à l'exécution forcée sur les immeubles ; l'exécution elle-même avait lieu ou en vertu d'un jugement ou en vertu d'une convertion munie du sceau de l'autorité publique ; l'obligation, première forme de l'hypothèque, dérivait donc de l'apposition du sceau qui donnait aux actes la force exécutoire. Ni l'acte sous seing privé, ni la simple convention verbale ne pouvaient conférer d'hypothèque. S'il y eut quelque hésitation au sujet de cette doctrine, ce fut sous l'influence des règles romaines d'après lesquelles l'hypothèque résultait d'un simple pacte ; mais, à partir du seizième siècle, la théorie romaine est définitivement écartée par suite de l'admission d'un système de preuves où l'acte notarié occupe une place prépondérante (2). — 2° *L'hypothèque est l'œuvre exclusive de la volonté des parties* ; elle ne dérive aucunement de la force exécutoire des actes et de l'apposition du sceau ; si l'acte notarié possède à la fois la force exécutoire et l'effet hypothécaire, c'est une coïncidence, rien de plus (3). Pendant longtemps aucune forme spéciale ne fut prescrite pour la constitution d'hypothèque ; elle put donc naître

Denisart, *h. v°*. Ferrière, s. 170 Paris. Esmein, p. 207. Viollet, p. 741. Beaune, *Contrats*, p. 511. Isambert, *Table*, v° hypothèque.

(1) Toulouse, 109 (acte public). Sassari, a. 1316, I, 46 (*id.*). *AC. Anjou*, t. 2, p. 414. Paris, 164, 165. Planiol, *Dr. civil*, 2, 792, n. 3, cite un acte inédit du *Cart. de Sainte-Melaine*, à Rennes, a. 1293 ; on y trouve liés étroitement l'aveu du débiteur, la condamnation prononcée par le notaire, délégué du juge, et l'obligation consentie par le débiteur. Cf. *Tract. univ. jur.*, t. 6 (instr. garentigiés). Néanmoins, A. Favre, d'Argentré tiennent encore cette règle pour une erreur des praticiens.

(2) Viollet, p. 743, n° 1 (textes). Masuer, 18, 6. Brodeau, s. Louet, II, 15 ; *Cout. de Paris*, II, 201 (s. l'art. 107). L'Hommeau, 315 : *l'hypothèque ne vient pas de la convention des parties, mais de l'autorité du roi.* Bourdin, s. l'Ord. 1539, art. 65 : *ob sigilli regii auctoritatem.* Pothier, n° 9. Valin, s. La Rochelle, 3, 318, etc. Fleury, *Inst.*, 2, 11. Davot, *Tr. de dr. fr.*, 7, 573. Loisel, 504, note. Britz, p. 927. — Les actes passés en la forme administrative, notamment les baux des biens de l'Etat, emportent hypothèque, d'après la L. des 28 oct.-5 nov. 1790, 2, 13 et 14. Ci-dessus, p. 546, 1, t. II.

(3) C'est l'opinion de M. Esmein, *loc. cit.* Guyot, v° *Hypoth.* Denisart, éd. 1768, v° *Hyp.*, n°s 14 et suiv. Basnage, p. 110.

d'un acte sous seing privé (1) ou d'une convention verbale (2). Mais, à partir du seizième siècle, la nécessité d'un acte authentique s'introduisit par suite des modifications apportées à la théorie des preuves ; puis, de ce qui n'était qu'une question de preuve, la jurisprudence fit un élément substantiel et une nécessité. L'acte sous seing privé (3) n'eut de force qu'autant qu'il était reconnu en justice, et en ce cas il emportait hypothèque, d'après une jurisprudence que consacra l'Ord. de Villers-Cotterets, 1539, 91, 92. La preuve par témoins ne fut pas admise au-dessus de 100 livres à partir de l'Ord. de Moulins, 1566. Dans ces conditions, on comprend que la pratique n'ait fait résulter l'hypothèque que de l'acte notarié (4). — Il est bien certain qu'à la fin de notre ancien droit la force exécutoire et l'hypothèque se distinguaient l'une de l'autre ; l'exécution dépend de la justice, l'hypothèque de la convention ; mais, à l'origine, l'hypothèque n'est, si l'on peut dire, qu'une transposition de l'exécution forcée ; elle a la même source ; aussi l'acte authentique passé à l'étranger ne saurait donner d'hypothèque sur les biens situés en France, parce que la force exécutoire n'y est pas attachée (5) ; la volonté des parties est cependant établie de façon très sûre par un acte de ce genre ; on peut faire la même observation au sujet des contrats passés devant les notaires apostoliques (6). A cela on est tenté d'objecter que les jugements auraient dû entraîner hypothèque, puis-

(1) *AC. Picardie*, p. 90. Bout., I, 25; 106. *AC. Bourges*, 27. Beaum., 35, 3. G. Durand, *Specul.*, 2, 2, 298. *Gr. C.*, p. 222. A. Favre, *de error pragm.*, 6. Imbert, *Pral.*, I, 69, 3. Esmein, p. 216. Viollet, p. 742 (Aux Etats de 1614, le Tiers demande que l'hypothèque ne puisse être constituée que par acte notarié, *Rec. de Lalourcé*, XVI, 362). Nic. de Passeribus, *De script. priv.*, 1712, p. 99. *Encycl. méth.*, v° *Hyp.*, 5, 100.

(2) Bret., *AC*, 192 ; *NC*, 176 et suiv. Imbert, *loc. cit.*

(3) Danger des antidates avec les actes sous seing privé. Il est vrai que l'acte sous seing privé acquérait date certaine par le contrôle, mais l'hypothèque a précédé cette institution (établie en 1553, supprimée en 1588, rétablie en 1693), Viollet, p. 738. Cf. Dumoulin, s. Paris, 8, 1, 16. Le contrôle ne cessa pas d'exister en Normandie. Perrin, *Orig. des dr. d'actes*, 1901.

(4) L'obligation sous sceau seigneurial emporte hypothèque par tout le royaume et n'est pas exécutoire hors de la seigneurie. Laur., s. 164 et suiv., Paris.

(5) C. civ., 2128. Les jugements rendus par les tribunaux étrangers n'entraînaient pas non plus d'hypothèque judiciaire. Sur leur force exécutoire, cf. Ord. 1629, art. 121. L'Hommeau, 315. Guyot, *op. cit.* Louet, H, 15.

(6) Fleury, *Inst.*, 2, 11. Loisel, 496. De même pour les jugements des tribunaux ecclésiastiques.

qu'ils étaient pourvus de la force exécutoire ; or, l'hypothèque judiciaire n'a pas toujours existé, elle ne paraît dater que de l'Ord. de Moulins. Cet argument ne nous semble point décisif ; en effet, le jugement emporta d'abord obligation générale, c'est-à-dire faculté d'exécuter le débiteur même sur ses immeubles. Quand à l'obligation proprement dite se substitua l'hypothèque avec les droits de suite et de préférence, on hésita à la faire découler d'un jugement ; il fallait, pour qu'elle prît naissance, que le créancier eût été ensaisiné par le seigneur, et le jugement n'ensaisinait pas ; ce n'est que le jour où le système du nantissement eut été abandonné par le droit commun coutumier qu'on arriva à l'hypothèque judiciaire.

13. — **Tout acte notarié emporte hypothèque générale.** — La corrélation entre la force exécutoire et l'hypothèque conduisait naturellement à ce résultat. D'ailleurs, les notaires insérèrent dans leurs actes la clause en vertu de laquelle le débiteur obligeait tous ses biens présents et à venir. Cette clause devint de style, et depuis le seizième siècle elle fut sous-entendue dans tous les actes notariés (1).

14. — **Hypothèque judiciaire** (2). — **Tout jugement emporte hypothèque générale sur les biens du condamné** (3). — Autrefois, le créancier armé d'un jugement était dans la même situation que celui qui avait obtenu une obligation générale. Mais quand cette obligation se transforma en hypothèque avec droit de suite et de préférence, le jugement ne la produisit plus, selon nous, parce que l'ensaisinement seigneurial faisait défaut (4) ; l'unique privilège reconnu au créancier en vertu d'une sentence judiciaire était celui qui résultait de la priorité des poursuites (5). Et

(1) Esmein, p. 202. Loyseau, *Déguerp.*, 3, 1, 5. A. Favre, *de err. pragm.*, 1, 3. — Notez une confusion entre l'obligation personnelle et l'hypothèque qui tient à la conception archaïque de l'obligation. *TAC. Bret.*, 367, 194. Bout., 1, 25 : aussitôt que l'homme est obligé, l'hypothèque s'y assied. Cf. formule *Qui s'oblige oblige le sien.*

(2) Esmein, p. 224. Viollet, p. 742. Britz, p. 930. Challamel, *Hyp. jud.*, 1881. — Cf. *Tract. univ. juris*, t. V, et en général, les traités de procédure. Pertile, IV, 527 ; VI, 338.

(3) Ord. de Moulins, 1566, 53. Loisel, 504. Ord. avril 1667, 35, 11. — Ci-dessus, p. 546, t. II. Contraintes administratives (Avis du 25 therm. an XII).

(4) Aussi l'hypothèque judiciaire eut-elle de la peine à s'introduire dans les pays de nantissement. Louet, II, 25. Arr. de régl. 29 juill. 1623. Reims, 180. Ferrière, v° *Hyp.* Cf. Britz, *loc. cit.*

(5) Beaum., 34, 52, *Gr. C.*, p. 203. *TAC. Bret.*, 306. D'Argentré, s. *Bret.*

cependant il y avait quelque chose de choquant à ne pas faire produire à un jugement autant d'effets qu'à un acte notarié. On commença par attacher l'hypothèque à l'acte sous seing privé reconu (ou même vérifié) en justice tout comme s'il était reconnu par devant notaire (1). Après quoi l'Ord. de Moulins, 1566, art. 53, décida que l'hypothèque résulterait de la sentence elle-même. On justifiait cette solution en disant qu'aux termes des lois romaines le jugement est un quasi-contrat entre les plaideurs ; on se référait aux institutions du *pignus praetorium* et du *pignus ex causa judicati captum* ; on se proposait d'assurer l'exécution des sentences (2). En un sens, on peut dire que l'hypothèque judiciaire dérive de l'hypothèque attachée aux actes notariés ; en un autre, il semble quelle ait aussi son origine dans le privilège du premier saisissant qui disparut en matière immobilière absorbé en quelque sorte par l'hypothèque judiciaire (3).

AC, 188. On n'était pas d'accord sur le fait duquel résultait l'antériorité des poursuites : était-ce le commandement de payer! le jugement de condamnation? l'exécution de la sentence (saisie)? La mise des biens sous la main de justice aurait dû être décisive (*Cout. not.*, 5; cf. Britz, *loc. cit.*); mais dans l'intervalle de la sentence à la saisie, le débiteur risquait de disposer de ses biens en fraude des droits du créancier. D'ailleurs, la préférence accordée au plus diligent n'avait guère de raison d'être en équité. Postérieurement à l'Ord. de 1666. Lemaistre, *Criées*, 32, soutient encore qu'elle doit être admise. Imbert, *Prat.*, éd. 1625, p. 346. — *Siete Part.*, 5, 13, 13 : le *pignus judiciale* n'a d'effet que par la tradition à la différence du *pignus* conventionnel.

(1) *AC. Paris*, 78 (reconnaissance volontaire); Ord. Villers Cott., 1539, 92, 93 (reconnaissance ou vérification); *NC. Paris*, 107 (hypothèque du jour de la dénégation). Imbert, p. 378. Cf. cep. Favre, *de err. pragm.*, 1, 2. Pothier, n° 11. C. civ., 2123. Planiol, *Dr. civ.*, II, 849.

(2) Hypothèque judiciaire dans la pratique italienne en matière criminelle au quatorzième siècle. De même en France, Edit de 1553, 17. *TAC. Bret.*, 307. Esmein, p. 226. Cf. Imbert, p. 378 (partant en matière civile, il est *raisonnable* que telle hypothèque ait aussi lieu du jour de la *contestation* ou de la sentence; cette note écrite avant l'Ord. 1566 prouve que l'hypothèque judiciaire n'existait pas encore en matière civile). Ferrière, v° *Hyp.* : anciennement, la sentence n'emportait hypothèque que du jour de l'exécution et mise en possession; depuis l'Ordonnance de Moulins, elle a lieu du jour de la prononciation.

(3) On discute beaucoup sur la valeur de l'hypothèque judiciaire dans le droit actuel (cf. syst. belge, prussien, etc., dans Planiol, *Dr. civil*, II, 848), mais il n'y a qu'une voix pour reconnaître que les rédacteurs du Code civil ont manqué de logique en attachant une hypothèque aux actes privés reconnus en justice, alors qu'ils n'admettaient pas l'ancienne hypothèque des actes notariés.

15. — **Hypothèques tacites** (ou légales) (1). L'ancien droit emprunta à la législation romaine les principaux cas d'hypothèques tacites (2); certaines d'entre elles, munies d'un droit de préférence sont devenues nos privilèges sur les immeubles (3). Quoique générales et clandestines, les hypothèques tacites furent admises dans les pays de nantissement où l'on ne subordonna leurs effets à aucunes formalités (4).

16. — **Effets de l'hypothèque** (5). — On les ramène d'ordinaire à trois: droit de faire vendre, droit de suite, droit de préférence. — A° A défaut de payement, le créancier hypothécaire

(1) Esmein, 229. Viollet, 744, 804. Britz, 931, 943. Pertile, IV, 526. *Siete Part.*, 5, 13.

(2) Les unes sont générales, les autres spéciales ou limitées à certains biens. La plupart ont été empruntées au droit romain. Hypothèque de la femme sur les biens du mari, du mineur ou de l'interdit sur ceux du tuteur ou du curateur, des communautés, etc., sur les biens de leurs syndics ou administrateurs (C. civ., 2121), du fisc sur les biens de ses débiteurs (contribuables; débiteurs contractuels; comptables; *Coul. not.*, 131; Desm., 191, etc.; cf. L. 5 sept. 1807, privilège du Trésor, etc.), du vendeur sur le bien vendu, du copartageant, de l'architecte (privilèges, C. civ., 2103), du légataire (C. civ., 1017). — Il en est déjà question dans des textes du quatorzième siècle. Montpellier, 12. *Coul. not.*, 20, 62. Desm., 94, etc. *Gr. C.*, 2, 17. — En cas de **vente à terme** d'immeubles, Ferrière, s. Paris, t. 2, p. 1331, observe que la jurisprudence changea en 1628; les Romanistes soutenaient qu'en faisant crédit, le vendeur renonçait à tout droit sur le fonds vendu, à moins de convention spéciale; cette convention devenue fréquente, aurait fini par être sous-entendue. Cf. cep. ci-dessus, p. 501, t. II. *Coul. not.*, 141, 159. Pasquier, *Inst.*, p. 256. En 1207, dans le Midi, *obligatio* des fonds vendus au vendeur pour le prix non payé. Pasquier, *Doc. rel. à la seign. de Boussagues*, p. 59 (1901).

(3) Sur les **privilèges** en général, cf. Ferrière, Guyot, *h. v°*. Pothier, 26. Domat, 3, 1, 5. *Code civ. interm.*, *h. v°*. A Rome, les privilèges supposent un concours entre chirographaires (Dig., 42, 5, 32 : *privelegia... ex causa*). Nos anciens auteurs, en empruntant au droit romain la plupart de ses causes de préférence, les qualifient de privilèges sans se préoccuper de leur base. Ci-dessus, p. 542, t. II. *AC. Anjou*, t. II, p. 514. Toulouse, 111. *Siete Part.*, 5, 13. (Cf. *liens* du droit anglais). Ils distinguent : *a*) des privilèges immobiliers spéciaux, vraies hypothèques privilégiées. Pothier, n° 33; *Proc. civ.*, n° 648; *b*) des privilèges mobiliers spéciaux reposant sur l'idée d'un gage exprès ou tacite; on peut en rapprocher le droit de **rétention** (Ord. 1539, 97; 1566, 52; 1667, 27, 9), quoique les réminiscences romaines de l'exception de dol aient empêché ici la formation d'une théorie bien arrêtée (*NRH*, 1884, 351); *c*) les privilèges généraux portant à la fois sur les meubles et les immeubles (frais de justice, frais funéraires, salaires, créances du fisc); ils tiennent à la qualité de la créance. Cf. Planiol, *Dr. civ.*, 2. 753 et suiv.

(4) Ci-contre. Loisel, 498.

(5) Loisel, 492 et suiv. Loyseau, *Déguerp.*, 1613. Weber, *L'exécution forcée en dr. français et allemand*, 1900. Tambour, 2, 113, 212.

n'acquiert pas l'a propriété du fonds hypothéqué ; en règle générale, il ne le vend même pas à l'amiable (1) ; il se trouve dans la nécessité de faire pratiquer une **saisie réelle** et une **vente judiciaire,** comme s'il était créancier chirographaire. Sous sa forme primitive de l'obligation, l'hypothèque ne lui conférait, en effet, que le droit de saisir, et les pratiques de l'appropriation du gage ou de la vente amiable n'offraient pas assez de garanties pour le débiteur. Dès lors, le **délaissement** de l'immeuble perd de son utilité ; le tiers détenteur en use pour se soustraire aux ennuis de la procédure en expropriation (2). — B° Lorsqu'on fait valoir le **droit de suite** contre un tiers détenteur, celui-ci peut d'ordinaire opposer au créancier le **bénéfice de discussion**, c'est-à-dire l'obliger à saisir et à vendre les biens du débiteur ; mais comme, pendant les délais nécessaires pour cette opération. l'hypothèque risque d'être prescrite, on lui permet d'agir en *déclaration d'hypothèque* afin d'interrompre la prescription. Celle-ci a lieu par dix à vingt ans au profit du tiers détenteur. — C° Entre créanciers hypothécaires, la **préférence** se règle par la date des hypothèques : *les premiers vont devant* (sauf à tenir compte des privilèges) (3). La cession de créances ou le payement avec subrogation peut donner à un tiers les droits du créancier originaire (4) ; il se peut aussi que son hypothèque soit grevée d'autres hypothèques et le cas est fréquent avec un système d'hypothèques générales comme celui de l'ancien droit. L'**ordre** se complique alors de **sous-ordres**, c'est-à-dire que la somme pour laquelle le créancier a été colloqué est distribuée entre ses propres créanciers d'après la date de leurs hypothèques (5).

(1) Le délaissement primitif libère le débiteur comme le déguerpissement libère le débirentier. Ci-dessus, p. 260, t. II. Cf. cas exceptionnels où l'ancien droit se maintient. Argou, 4, 3. Clause de voie parée. Stobbe, 2, 311. Mortgage anglais : 1° le créancier conserve le bien engagé par voie d'action en forclusion ; 2° le tribunal peut, s'il le préfère, en ordonner la vente ; 3° le créancier peut être autorisé par une clause de l'acte à vendre lui-même sans formalités. En tout cas, l'intervention de la justice est requise pour qu'il le conserve : *once a mortgage, always a mortgage.*

(2) Ferrière, v° *Hyp.* Britz, p. 953. Cf. Kohler, *Pfandr. Forsch.*, p. 22.

(3) Règle romaine : *prior tempore potior jure.* Loysel, 492, 686. *Id.* droit anglais (sauf *soudure* ou *consolidation* des mortgages).

(4) Sur la subrogation, en particulier à l'hypothèque de la femme mariée, cf. Beudant, *R. crit.*, t. 28, p. 30. Ci-dessus, p. 486, t. II.

(5) Les sous-ordres ont été abolis à cause des frais et des lenteurs qu'ils

17. — **La purge** (1). — Les fonds de terre étant grevés pour la plupart d'hypothèques, puisque tout acte notarié emportait hypothèque générale sur les biens du débiteur, et rien n'en révélant l'existence, l'acquéreur le plus prudent risquait de se voir évincé par un créancier hypothécaire inconnu même du vendeur et cela pendant un délai souvent fort long. Dans ces conditions les transactions immobilières devenaient presque impossibles. On remédia au mal par la *purge* ou faculté pour l'acquéreur d'un bien hypothéqué de le dégager des hypothèques qui le grevaient en payant son prix d'acquisition aux créanciers après les avoir mis en demeure de se faire connaître au moyen de certaines formalités et forclos s'ils ne se présentaient pas à ce moment. On les remboursait malgré eux, mais l'utilité générale exigeait ce sacrifice de la part des intérêts privés. La purge fut imaginée par les praticiens. Ils remarquèrent que le décret forcé nettoyait les hypothèques et ils organisèrent un simulacre de saisie réelle afin d'obtenir ce résultat : l'acquéreur s'entendait avec un tiers qui se présentait comme créancier et l'expropriait du fonds acquis. On aboutissait par là au **décret volontaire**, ainsi appelé parce que les parties étaient d'accord pour l'obtenir (2). La procédure à suivre ne différait pas de celle du décret forcé (sauf en ce qui concerne le bail judiciaire qui n'y avait pas lieu évidemment); elle produisait les mêmes effets. Mais ce n'était qu'au prix de lenteurs excessives et de frais considérables qu'on arrivait à la purge par ce détour. L'institution une fois reçue, on se débarrassa des interminables préliminaires de la saisie réelle pour se borner à la procédure plus simple des **lettres de ratification** (3). L'édit de juin 1771, qui l'organisa, donnait à l'acquéreur le moyen de faire tomber les hypothèques en prenant à la chancellerie des

occasionnaient (C. p. civ., 775), mais si l'hypothèque de l'hypothèque n'est plus admise dans notre droit, la pratique a introduit des cessions ou subrogations d'hypothèques qui ont à peu près le même résultat, à cette différence près qu'elles ne donnent pas lieu à la procédure des sous-ordres.

(1) Cf. Britz, p. 950.

(2) Ord. de nov. 1441 (Isamb., IV, 86) : purge pour les rentes sur des maisons de Paris.

(3) Origine (Ferrière, *h.* v°) : les rentes sur l'Hôtel de ville de Paris pouvaient être hypothéquées; celui qui les achetait les purgea d'abord par voie de décret forcé et, en vertu d'un édit de mars 1673, en prenant des lettres de ratification au grand sceau (c'est-à-dire à la Chancellerie et non auprès des Parlements).

lettres ratifiant l'acquisition : les créanciers qui trouvaient le prix au-dessous de la valeur du bien étaient invités à l'aide de certaines formalités à faire opposition et à surenchérir, faute de quoi les lettres étaient délivrées et leurs hypothèques purgées (1). C'est cet édit de 1771 qui a créé les *conservateurs des hypothèques* à l'effet de recevoir ces oppositions (2).

18. — **Droit révolutionnaire** (3). — Il y a à repprocher au régime hypothécaire de l'ancien droit deux vices principaux : le caractère occulte de l'hypothèque et la multiplicité des hypothèques générales. Colbert, dans un édit de mars 1673, presque aussitôt rapporté que rendu (avril 1674), essaya d'introduire la publicité, c'est-à-dire la lumière, dans ce chaos qu'était l'ancien crédit foncier ; la noblesse, craignant pour son prestige, s'opposa à cette utile réforme ; les familles, pas plus que l'Etat, ne voulaient que leur budget fût connu (4). Ce que la royauté n'avait pas eu le courage de faire, la Révolution se vit dans la nécessité de l'accomplir par suite du trouble apporté dans les affaires par les événements politiques (5). Par deux lois célèbres, elle tenta d'établir un système hypothécaire rationnel. La première et la plus originale, la L. du **9 messidor an III**, permettait au propriétaire d'un fonds de prendre hypothèque sur lui-même pour dix ans au plus et jusqu'à concurrence des trois quarts de la valeur vénale du fonds ; l'acte dressé par le conservateur des hypothèques s'appelait **cédule hypothécaire** ; il se transmettait

(1) Sur la procédure, cf. C. civ., 2193 et suiv. L. 11 brum. an VII.

(2) Bibl. dans Camus, n° 1665. Commentaires ou Questions sur l'Edit : M., *Obs.*, 1779; Brohard, 1780; Grenier, 1787 ; R., 1785; Corail de Sainte-Foy, 1785.

(3) *Code civil interméd.*, Table, v° *Hyp.* Laferrière, *Hist. des principes de la Révol.*, p. 388. Thèses : Challamel, 1878; Simard, 1900; Cazenavette, id. : Sagnac, p. 205, 345. Flammer, *Dr. civil génevois*, p. 168-215. Cf. projets de Code civil dans Fenet, t. I.

(4) Antérieurement, cf. Ord. 1424 de Henri VI (Isambert, 8, 693, art. 6), Edits de 1553, 1581, 1606 (mesures fiscales). Cf. Edit août 1626 pour la Bretagne, Girard et Joly, *Offices*, I, *add.*, p. 212 (greffes d'insinuation). Ci-dessus, p. 329, t. II. L'Ord. 1673 créait dans les principaux bailliages un greffe où les créanciers devaient se faire connaître par des oppositions ; les opposants étaient préférés aux non opposants.

(5) Sur le cadastre, cf. t. I. *Add.* Décl. 23 nov. 1765. Béquet, *Rép. de dr. adm.* ; *Gr. Encycl.*, *h. v°*. De nos jours on a songé à utiliser le cadastre non seulement pour la perception des impôts, mais pour la consolidation de la propriété (cf. Flammer, Besson, *op. cit.*). La Convention avait eu la pensée de créer un Grand Livre des propriétés territoriales. Déc. 8 pluv. an II (non exécuté).

par voie d'endossement et constituait un titre exécutoire au profit du porteur. Cette loi demeura à l'état de lettre morte (1). La **L. du 11 brumaire de l'an VII** écarta ces créations dont la pensée première venait de la théorie des rentes et de l'usage si décrié des assignats (2). Elle donna pour bases au crédit foncier les deux principes de publicité et de spécialité. La publicité résulta, non de la transcription de l'acte, comme pour le transfert de propriété, mais de l'inscription sur un registre spécial. L'inscription, nécessaire pour toutes les hypothèques sans exception, devait être spéciale quant à la dette et spéciale quant à l'immeuble hypothéqué, c'est-à-dire indiquer d'une manière précise le quantum de la dette et individualiser l'immeuble, de façon à ce que le crédit réel du propriétaire pût être exactement mesuré. Le Code civil a eu le tort de ne pas maintenir avec rigueur l'unité logique de ce système, si bien que, durant tout le dix-neuvième siècle, on a dû songer à une refonte du titre des Privilèges et Hypothèques; elle n'a été réalisée que d'une façon partielle par la L. du 23 mars 1855. A l'étranger, la plus grande fortune est échue au **régime hypothécaire allemand** (3) avec son principe de légalité, son conservateur qui est un vrai juge et qui se prononce sur les déclarations à lui faites, ses livres fonciers (*Grundbücher*) tenus par *parcelles* et non point comme les nôtres par *noms de personnes*, ses lettres ou cédules hypothécaires, ses lettres foncières et ses bons fonciers négociables comme des effets de commerce. Il a son origine dans la *Satzung* récente et dans la théorie des rentes; par divers côtés, il rappelle la Loi de messidor an III (4).

(1) Prorogée, L. 26 frim.; 19 vent., 19 praîr.; 24 therm. an IV; suspendue définitivement, L., 28 vend. an V. — Codes Tripier, éd. Monnier, sous l'article 2124 du C. civ., voir un modèle de cédule hypothécaire.

(2) Cf. La Révolution. Finances, t. I. On lisait, par exemple, sur un assignat : « Assignat de cinquante livres. Hypothèque sur les domaines nationaux. » — Sur les rentes et l'hypothèque, cf. ci-après, et Heusler, II, 151. Stobbe, § 104.

(3) Sohm, *op. cit.* Viollet, p. 747 (bibl.). Huber, § 157. Besson, *Livres fonciers*, 1891. — Cf. lettres de gage du Crédit foncier en France.

(4) L. du 5 mai 1872. C. civ. allem., 1113.

CHAPITRE IV.

LES SUCCESSIONS AB INTESTAT ET LES DISPOSITIONS A TITRE GRATUIT (1).

Notions générales.

1. — **Préférence de la succession ab intestat.** — La suc-

(1) BIBLIOGRAPHIE. — *Ouvrages généraux.* — Cf. Origines de la famille, t. I et p. 3, 198, t. II. — Romanistes (Institutes, etc. *Tract. univ. juris*, t. 8). — Traités de dr. naturel (Camus et Dupin, p. 28 et suiv.). — Droit canon (cf. not. *Comment. s. Decretal. Greg. IX*, 3, 26 et 27; Héricourt, *Lois ecclés.*; Durand de Maillane, *Dict. de dr. can.*, etc.). — Gans, *Das Erbrecht in weltgesch. Entwich.*, 1824-35 (trad. ital., 1853) (*J. des Sav.*, 1825, 620). Ficker, *Untersuchungen zur Erbenfolge der ostgermanischen Rechte*, 1891-1900 (inachevé). — Laboulaye, *Hist. du dr. de propr. fonc.*, 1839; *Condit. des femmes*, 1843. Viollet, p. 817. Glasson, 3, 143; 7, 422. Beaune, *Biens*, p. 329. Warnkönig, *Exposé hist. du dr. de succession en France.* V. de Lapouge, *R. gén. dr.*, 1886. — Heusler, 2, 521. Stobbe, 5, 62. Schrœder, 325 (bibl.). Table, Huber, IV, 541. Siegel, *Deutsch. Erbr.*, 1853. Laband, *Wesen d. röm. u. germ. Erbr.*, 1861. Dultzig, *Deutsch. Grunderbr.*, 1899 (*Unters.* de Gierke). — Pollock et M., 2, 237. Brentano, *Engl. Erbr.*, 1898 : *Entwick. d. Erbr.* dans *Die Zukunft*, 15 sept. 1895. — Pertile, 4, 1. Salvioli, p. 450. Ciccaglione, *Dir. successorio* (Italie), 1891 (C. R. dans ZSS, 1894, *GA*, 180). Abignente, *Dir. succ. n. prov. merid.*, 1881. — *Siete Part.*, p. 3 et p. 6 — Bühler, *Bündn. Erbr.*, 1882. Lardy, *Législ. des cant. suisses*, 1876.

Droit comparé. — Post, *Grundr. d. ethnolog. Jurisp.*, 2, 171. Dareste, *Etudes*, p. 26, 47, 62, 74, 112, 145, 198, 219, 238, 245, 255, 258, 268, 273, 278, 290, 314, 329, 349, 353, 373, 410. Kowalevsky, *Cout. contemp. et loi ancienne*, p. 214. — Girard, *Man. de dr. rom.*, 3e éd., p. 784. — Caillemer, *Success. à Athènes*, 1879. Guiraud, *Propr. foncière en Grèce*, 1893. Beauchet, *Dr. privé athénien*, 3, 424. — Bloch, *Mosaïsch-Talmud. Erbrecht*, 1890. Selden, *De success.*, 1695 (dr. hébraïque). — Luciani, *Tr. des success. musulm.*, 1891. Tornauw, *ZVR*, 5, 2. Clavel, *Statut pers. et success.* (dr. musulman), 1894. Sautayra et Cherbonneau, *Dr. musulm.*, 1872. Caravokyro, *Dr. successoral en Turquie*, 1898. Zeys, *Le Nil*, 1895. — Mayer, *Indisch. Erbr.*, 1873, Weipert, *Japan. Familien. u. Erbr.* Bernhöft, Kohler dans la *ZVR*, 3, 7.

Epoque franque. — Bibl. dans Schrœder, p. 323. Grimm, *RA*, 466. Pardessus, *L. Sal.*, 691. Glasson, *NRH*, 9, 585. Kœnigswarter, *Organis. de la*

cession *ab intestat* était seule connue de l'ancien droit germanique, et si le testament est parvenu à prendre place à côté d'elle, elle n'a pas cessé, à travers tout le moyen âge et même jusqu'à nos jours, d'avoir sur lui une certaine supériorité. Ce trait de mœurs avait frappé Tacite, *Germ.*, 20, par son contraste avec les habitudes romaines ; à Rome, pas un citoyen honorable ne meurt sans avoir fait son testament ; dans la Germanie, l'homme libre n'a pas l'idée de cet acte. Les formules du moyen âge, *Institution d'héritier n'a lieu*, *Deus solus heredes facere potest*,

famille, 147. Brunner, *DRG*, I, 79, 83; *Grundz.*, p. 203. Amira, *Recht*², 108; *Erbenfolge u. Verwandtsch. n. d. altniederdeutsch. R.*, 1874 (*Gött. Gel. Anz.*, 1892, 249). *ZRG*, 8, 466 (Lombards); 13, 58 (id.). Gierke, *Erbrecht u. Vicinenrecht i. Ed. Chilp.*, *ZRG*, 12, 430. Rosin, *Comment. ad. lit. leg. Sal. 59 de Alodis*, 1875. Dargun, *Mutterrecht u. Raubehe*, p. 60. Waitz, *Das alte Recht.*, 107. Dahn, *Westgot. Stud.*, 131. Gaupp, *R. d. Sachsen*, 159; *Ges. d. Thuring.*, 339. Young, *Ess. in anglo-sax. law*. 127. Fustel de Coulanges, *Rech.*, 1885, p. 233. Pappenheim, *Forsch. z. d. Gesch.*, 23, 1 (Lombards). Brunner, *Sippe u. Wergeld*, 1882, *ZSS.*. *GA*, 1; *ib.*, t. 19, p. 107 (*Totenteil*). Galy, *La famille à l'époq. mérov. d'ap. Grég. de Tours*, Thèse, 1901. — Add. Pescatore, *Inc. Auct. Summ. de succ.*, 1890.

Epoque féodale. — Bibl. dans Viollet et Glasson, *op. cit.* Buche, *NRH*, 1885, 562 (Paris, XIII^e^, XIV^e^ s.). Planiol, *ib.*, 1887, 117 (Assise au comte Geffroi). Jarriand, *ib.*, 1890, 222 (Midi) ; cf. Thèse, 1889 (Novelle 118). D'Espinay, *NRH*, 1891, 145 (Paris); 1895, 136 (Basse Bret.). Meynial, *NRH*, 1892, 408 (Ass. de Jérusalem). Tardif, *Dr. privé au XIII^e^ s.* (Toulouse, Montp.), 1886. Esmein, *Cours d'hist. du dr.*, 2^e^ éd., p. 202. — Chaisemartin, *Proverbes du dr. germ.*, p. 378. V. Sydow, *Erbr. n. d. Sachsensp.*, 1828. Wasserschleben, *Successions-ordn.* (Saxe), 1864; *Germ. Verwandtschaftsberechn.*, 1864. Homeyer, *Das dreissigste*, 1864 (*Berlin. Akad.*). — Lattes, *Dir. consuetud.* (Lombardie), p. 257. — Brunner, *Anglo-normann. Erbfolgsyst.*, 1869 (cf. Maurer, *KVJ*, 12, 306).

Epoque monarchique. — Ouvrages généraux, comme Loisel, L'Hommeau, Domat, Argou, Serres, etc. Dictionn. et répert. de Ferrière, Denisart, Guyot. Traités spéciaux : Barri, 1670; Le Brun, 1692, 1775 (Espiard); Pothier, 1777; Montvalon, 1780; Duvergier, 1785. — Brandt, *Popul. rur. de France*, 1901.

Droit intermédiaire. — Vermeil, *Code des successions*, an III. Perreau, *Eléments de législ. naturelle*, an IX. Pailliet, *Législ. et jurispr. des succes.*, 1816. Laferrière, *Hist. des principes de la Révol.*, p. 218, 313. Sagnac, *Législ. civ. de la Révol. fr.*, p. 213 et 347. Aron, *NRH*, 1901, 445. Jeanneau, Thèse, 1893.

Sur la législation successorale, cf. écrits des économistes, par exemple Cauwès, etc. Baudrillart, *R. des Deux-Mondes*, 15 avril 1872. C^te^ de Butenval, *Lois de succession*, 1884. Vigouroux, *La famille et les lois de succ.*, 1885. Blondel, *Et. s. les popul. rurales de l'Allem.*, 1897 (bibl.). Bernhöft, *ZVR*, *zur Reform d. Erbr.*, 1898. Voy. aussi les écrits de Le Play et de son école. *Enquête sur l'état des familles et l'applic. des lois de succession*, 1900.

ne heurtent guère moins les principes romains, puisque le testament, à Rome, est avant tout un moyen de se créer des héritiers. D'où vient, dans la Coutume germanique, l'absence de testament ? dans le droit postérieur, la défaveur pour un acte si naturel à nos yeux ? C'est qu'il était incompatible avec les vieilles idées de copropriété familiale, de conservation des biens dans la famille. Le testament substitue la volonté ou même le caprice individuel à l'usage traditionnel et les courtes vues d'un homme à la sagesse des générations. En se choisissant un successeur au gré de sa fantaisie, le chef de famille risque de bouleverser la constitution de ce groupe qui est antérieur à lui et dont la stabilité, dans le primitif état social, est une question de vie ou de mort pour les individus qui le composent. Les privilèges, comme la préférence des mâles, et dans une moindre mesure le droit d'aînesse, ont leur raison d'être dans l'intérêt supérieur du groupe.

2. — **Divers ordres de succession.** — La succession sous sa forme primitive est limitée à ce cercle étroit de personnes qui constitue la maison, à ces parents qui vivaient avec le mort sous le même toit, à la même table, et qu'on peut rapprocher des *sui heredes* romains. — A défaut de ceux-ci, les biens du mort firent retour d'abord peut-être à la communauté de village (*vicini*) et, dans la suite, aux parents qui ne vivaient pas en communauté avec le mort, au lignage, à la *Sippe* ; et là ils étaient attribués, non pas précisément en tenant compte de la proximité de la parenté, mais par ordre de *parentèles*. On entend par là des groupes de parents ayant un auteur commun. Ainsi le mort et ses descendants forment une première parentèle ; le père du mort et tous ceux qui descendent de lui (par conséquent les frères du mort, etc.), une deuxième ; le grand-père et sa postérité, une troisième, et ainsi de suite. — A la parenté par les mâles (ou agnatique) s'opposait la parenté par les femmes (ou cognatique) ; sous le régime qui excluait les femmes de la succession, la mère ne transmettait rien à son fils et les parents maternels (ou cognats) ne pouvaient élever de réclamation sur la succession de celui-ci. Mais du jour où les femmes succédèrent, on put distinguer dans le patrimoine de tout décédé deux masses, la masse des biens venant du père ou de la ligne paternelle et la masse des biens venant de la mère ou de la ligne maternelle. La plupart des Coutumes pratiquèrent ce qu'on

appelle une *fente* dans la succession du *de cujus* et attribuèrent les biens paternels à ses parents paternels, les biens maternels à ses parents maternels, *paterna paternis, materna maternis.* Quelques-unes allaient même plus loin et procédaient à une *refente* dans chacune des successions ainsi établies ; par exemple les biens paternels se subdivisaient entre les parents paternels et les parents maternels du père de *de cujus.*

3. — **Pluralité de successions.** — L'ancien droit recherchait, comme on vient de le voir, l'origine des biens pour en régler la dévolution héréditaire ; il s'attachait aussi à leur nature, de telle sorte que chaque catégorie de biens donnait lieu à une succession distincte ; à la mort de chacun, son patrimoine se désagrégeait et chaque fragment suivait sa loi : fiefs, censives, tenures serviles, alleux, meubles et immeubles, propres et acquêts, maison de famille (*lar* des Pyrénées ou *Hantgemal* allemand), vêtements et ornements des femmes (*rhedo* des lois barbares, *Gerade* du droit allemand), armes et équipement militaires (*Heergewäte* allemand). Tous ces biens avaient leur destination particulière et étaient assujettis à des règles en conformité avec elle. L'unité de patrimoine et la continuation de la personne de *de cujus* par l'héritier, ces principes fondamentaux du régime successoral romain, eurent grand peine à s'introduire dans notre ancienne législation, et encore n'y furent-ils jamais complètement admis ; les biens nobles eurent toujours leur régime spécial, même dans les pays de droit écrit, et dans les pays de Coutumes, on oppose, en outre, la succession des propres à celle des acquêts et des meubles. Loisel pouvait dire encore, en faisant allusion à la distinction romaine entre les *pagani* et les *milites : Les Français, comme gens de guerre, ont reçu divers patrimoines et plusieurs sortes d'héritiers d'une même personne* (328).

4. — **Pays de droit écrit.** — A part l'exception que nous avons mentionnée à propos des biens nobles, l'unité de succession est la règle dans les pays de droit écrit et les biens sont dévolus aux parents conformément à l'intention probable du *de cujus.* C'est le parent le plus proche qui les recueille, en principe, parce que c'est celui pour lequel le défunt avait l'affection la plus vive. Les privilèges dans l'intérêt de la famille s'effacent devant cette considération nouvelle. On applique le régime très simple organisé par Justinien dans la célèbre Novelle 118. Dans

les pays de Coutumes, la tendance à suivre le principe de l'affection présumée ne se fait sentir que pour la succession aux meubles et aux acquêts. Pour les autres biens, souvent les plus importants de tous, l'idée directrice est la conservation des biens dans la famille. La législation révolutionnaire unifia le régime des successsions en établissant l'égalité des biens et l'égalité des personnes ; on ne sépara plus les masses distinctes d'après leur nature et leur origine ; ils furent tous assimilés, et les privilèges comme le droit d'aînesse ou le droit de masculinité furent abolis. On ne peut pourtant pas dire que le système successoral de la Révolution soit franchement individualiste ; le droit traditionnel de la famille s'y fait jour dans la classification des héritiers et dans les restrictions énormes au droit de disposer à titre gratuit.

5. — **Réserve et Légitime**. — Le droit des parents sur le bien de famille ne se manifeste pas seulement par la faculté de les recueillir par voie de succession *ab intestat*, c'est-à-dire après la mort du propriétaire actuel. Elle s'affirme aussi du vivant de celui-ci. Ainsi certaines lois barbares connaissent le partage du patrimoine familial entre le père et les enfants vivant en commun, partage dont la parabole de l'enfant prodigue fournit un curieux exemple. On en trouve une autre application dans les démissions de biens dont l'*Evelganc* allemand semble une forme très ancienne et que le Code civil a dissimulées sous le nom de *partages d'ascendants*. Les communautés de famille ou *Ganerbschaften*, les continuations de communauté conjugale entre le survivant des époux et les enfants issus du mariage, les droits des enfants sur le douaire de leur mère, les substitutions fidéicommissaires attestent aussi, sous des formes et à des titres divers, la puissance des idées anciennes sur la constitution de la famille. Mais c'est surtout dans les institutions si répandues du retrait lignager et de la réserve héréditaire que se fait jour le droit des parents ; par là les biens de famille sont presque frappés d'indisponibilité à leur profit. La légitime romaine, qui prit place à côté de la réserve dans les pays de Coutumes et qui existait seule dans les pays de droit écrit, a un tout autre but ; elle est établie *pour cause de pitié* ; c'est une sorte de provision alimentaire laissée aux très proches parents.

6. — **Dispositions à titre gratuit**. — Dans l'ancien droit germanique, l'adoption fut sans doute l'unique ressource mise

à la disposition des particuliers pour transmettre leur patrimoine à leur décès à d'autres qu'à leurs parents ; encore n'était-elle possible que de la part de quelqu'un qui n'avait pas de postérité. De là est venue l'affatomie de la L. Salique qui n'est déjà plus une adoption, mais qui produit des effets analogues. Elle a été supplantée, à ce qu'il semble, par les *donationes post obitum*, très fréquentes dès le septième siècle, surtout en faveur de l'Eglise. A ces institutions se rattachent les pactes sur succession future de l'époque féodale et coutumière. Ils fonctionnent en particulier dans les contrats de mariage où ils ont servi jusqu'à nos jours à faciliter des arrangements de famille. Partout ailleurs le testament les a remplacés. Il est entré dans la pratique sous le couvert et à l'aide des idées religieuses. L'archaïque *part du mort* des temps païens, comprenant des chevaux et des armes qu'on enfermait dans son tombeau ou qu'on brûlait avec lui, a son pendant dans les dispositions *pro remedio animae* de l'époque chrétienne : ces legs pieux ou charges de caractère religieux constituent tout d'abord tout le testament. Comme il était à craindre que les héritiers naturels ne missent pas un grand zèle à accomplir les dernières volontés du mort, parce qu'elles avaient pour effet de les dépouiller de biens sur lesquels ils comptaient, on en confia l'exécution à des tiers désintéressés, *erogatores*, *eleemosynarii*, et finalement exécuteurs tertamentaires, en qui on voit d'ordinaire les successeurs des intermédiaires chargés d'un rôle analogue dans l'affatomie. Le testament romain marque le dernier terme de l'évolution ; il comprend des dispositions de toute espèce et les charges *pro remedio animae* ont perdu de leur importance ; on peut dire que cet acte autrefois exclusivement religieux tend à se laïciser. Mais si répandu que fût l'usage du testamment, on n'admit pas, du moins en pays coutumier, l'assimilation de l'héritier *ab intestat* ; l'un n'était qu'un légataire, un successeur aux biens, tandis que l'autre continuait la personne du défunt. Ces formules sont significatives malgré leur exagération. Elles nous aident à comprendre le peu de faveur que rencontra le droit de tester dans la législation révolutionnaire et certaines dispositions surannées du Code civil n'ont pas d'autre source. Cela n'empêchait pas les théoriciens du droit naturel, comme Grotius, d'envisager, à l'exemple des romanistes, la succession *ab intestat* comme le testament de ceux qui n'en faisaient pas ;

sur ce point, comme sur une infinité d'autres, ils prenaient le contre-pied de la vérité historique (1).

§ 1. — *Succession* ab intestat. — *Divers ordres d'héritiers* (2).

1. — **La maison et le lignage** (3). — Le droit français, dans son dernier état, distingue trois ordres d'héritiers : les descendants, les ascendants et les collatéraux, à défaut desquels la succession passe au conjoint survivant et au fisc. Mais ce classement des successeurs *ab intestat* est emprunté au droit romain ; il ne convient pas à l'ancien droit coutumier et au droit de l'époque barbare. Pour cette législation archaïque, dans laquelle l'idée d'affection présumée ne joue aucun rôle, on peut dire que le droit de succéder appartient : 1° d'abord à ceux qui font partie de la même communauté de famille, c'est-à-dire en règle générale aux seuls descendants du *de cujus* (*hoirs du corps*), à la condition qu'ils vivent avec lui (4) ; 2° subsidiairement à son lignage,

(1) Variantes et controverses abondent dans l'histoire du droit de succession; l'œuvre de la critique n'est pas encore assez avancée pour qu'on puisse en tracer le dessin, des origines à nos jours, en traits précis et sûrs. Nous ne nous dissimulons ni les imperfections ni les lacunes de l'esquisse que nous présentons. On y trouvera trop souvent le reflet des incertitudes que présentent les origines de la famille et celles de la propriété; car le régime successoral dépend surtout de la constitution de la famille et de l'organisation de la propriété.

(2) Bibliographie. — Ci-dessus, p. 3, 47, 468, t. II. — Viollet, 837. — Glasson, 3, 143; 7, 422. — Beaune, 354. — Britz, 661. — Pertile, 4, 45, 55. — *Siete Part.*, 6, 13, et Table, v° *Successio*. — Pollock et M., 2, 257. — Glasson, *Inst. Anglet.*, *passim*. — Schrœder, 323 et 327 (bibl.). — Stobbe, 5, 62 (bibl.). — Heusler, 2, 521. — Amira, *Erbenf.*, 1874; *Recht.*, 155, 169 et suiv. — Brunner, *op. cit.*, — Ficker, 2, 68 et suiv. — *Add.* Stutz, *op. cit.*, ci-dessus, p. 47, t. II. — Siegel, *ib.* — Schanz, *Erbf. d. Sachsensp.*, 1883. — Seelig, *Id. Schwabensp.*, 1890. — Pappenheim, *Forsch. z. d. Gesch.*, 23, 616 (Lombardie). — Cf. Fischer, *Deutsche Erbfolge*, 1778. — Majer, *id.*, 1805. — Dedekind, *De ord. succedendi*, 1822. — Wasserschleben, *Successionsordn.*, 1860; *Verwandtschaftsber.*, 1864; *Erbenfolge*, 1870. — Homeyer, *Stell. d. Sachsensp. z. Parentel.*, 1860. — Rive, *Jarhrb. d. gem. R.*, 197. — Kowalevsky, p. 218 (critique du système de Morgan). — Ficker, *op. cit.*, t. I et *Milth. Inst. Œst. G.*, 1887, 1901 oppose les Germains de l'Est à ceux de l'Ouest. Cf. Kier, *Edictus Rotharius*, 1898. — V. Wyss, *Z. f. schweiz. R.*, 4, 5. — Amira, *Gott. Gel. Anz.*, 1884, 38. — Lehr, *Dr. russe*, 1877.

(3) Cf. Beaum., Assises, etc. : *a*) descendement; *b*) escheoite de côté (collatéraux). *Const. Châl.*, p. 43. Du Cange, v° *Escaeta*. Pollock et M., 1 332.

(4) A la communauté de famille appartiennent avant tout les fils et filles, et en général les descendants du chef de la maison; mais elle peut aussi comprendre sa mère, sa femme, ses sœurs, voire même les sœurs de son

c'est-à-dire à ses ascendants et collatéraux (1), à ceux qui font partie de la même ligue de défense mutuelle, mais ne vivent pas au même pain et pot (2). Tel est le régime ordinaire des successions d'après le droit germanique et coutumier (3) : mais l'application en fut souvent entravée par les théories féodales. Ainsi la succession aux fiefs n'a pas été franchement admise dès le premier jour ; ce n'est pas sans peine que descendants (autre que les fils) ou collatéraux y ont été reçus (4) ; la volonté du seigneur lui impose des règles particulières. Pour les terres serviles, la mainmorte a été longtemps un grand obstacle au droit de famille. Ce dernier ne s'est exercé, en définitive, avec sa pleine liberté que sur les rotures ; encore y a-t-il quelques réserves à faire (5).

père ou celles de sa mère, la présence de frères ou d'oncles est rare, car la plupart du temps ils quittent la maison paternelle pour s'établir ailleurs. Le groupe des femmes occupe une situation particulière. Pour les descendants mâles, on peut les qualifier de **sui heredes** au sens romain ; en effet, ils puisent leur droit de succéder moins dans leur qualité de parents que dans celle de communistes. Cela est si vrai qu'ils cessent d'hériter s'ils sont émancipés, exclus de la maison, *foris familiati* ; que certaines législations appellent à l'hérédité les frères du *de cujus* à l'exclusion de ses fils, sans doute parce que ces frères appartenaient, au moins anciennement, à la même maison et y occupaient, à raison de leur âge, une situation supérieure (Ottomans, *tanistry* irlandaise ; ci-après, Représentation) : cela est si vrai encore que dans certaines législations, par exemple chez les Burgondes, 1, 24, 51 (cf. Inde, Hongrie, *NRH*, 3, 445 ; parabole de l'Enfant prodigue), les fils ont le droit d'exiger du vivant de leur père le partage du patrimoine familial. Schrœder, p. 324, 326.

(1) Ce n'est pas sans peine qu'on a préféré le lignage aux *vicini* ou au fisc. Edit Chilp. *Fris.*, 19, 2. Schrœder, p. 324. Ficker, 2, 375. Seffcken, p. 270.

(2) Cf. rôle de la famille dans la vengeance privée ou le payement du *wergeld* et ses droits en matière de succession. Heusler, 2, 522. Brunner, *Sippe u. Werg. Add.* Mariage, ci-dessus. Gierke, *Genossenschaftsr.*, t. 1 et 2.

(3) Droit successoral de la l'époque barbare. *Sal.*, 59 et *Cap. extr.*, 7. *Rib.*, 56. *Fr. Cham.*, 42. *Alam.*, 57, 95. *Fris.*, 19. *Sax.*, 41 et suiv. *Thur.*, 26-34. *Burg.*, 14 ; 24 ; 51 ; 53 ; 75 ; 78. *Roth.*, 158, 181, etc. *Liut.*, 1, 65. Expos. s. *Roth.*, 153. *Quaest. et Monita*, § 4 (L. Salique) et § 31 (dr. lombard). *Tract. de ord. success. ab int. sec. jus Langobard.* (*MGH. LL.*, 4, 605).

(4) La Const. de Conrad II, 1037, pour l'Italie, point de départ des théories successorales des *L. Feudorum*, assura le fief à la postérité du vassal. Heusler, 2, 613.

(5) Succession aux fiefs, cf. t. I. Détails dans les Comm. s. les *Libri Feudorum*. Nombreux traités de droit féodal, cf. Camus et Dupin. *Tract. jur. univ.*, t. 10. Struve, Rosenthal, Gœtzmann, Lünig, etc. Pfiser, *Lehensfolge*, 1818. Michaelis, *De ord. succed.*, 1818. Homeyer, *Sachsensp.*, 2, 2, 444. Heusler, 2, 610. Stobbe, § 315. Pertile, § 131. Brünneck, *Z. Gesch. d. Grundeig. i. Preussen*, 1895 ; *ZSS. GA*, 1898, 210. Pollock et M., I, 228. Glasson, 7, 463.

2. — **Les descendants** (légitimes) (1) du *de cujus* recueillent sa succession de préférence à tous autres parents; la famille dont il était le chef se continue par eux, tantôt en constituant une communauté plus étendue, avec des membres plus nombreux, tantôt en se morcelant en colonies autour de la maison mère attribuée d'ordinaire au fils aîné (2). Egalité entre descendants de tout âge et de tout sexe, telle pourrait être la formule du droit nouveau, en harmonie avec la base du système successoral moderne, l'idée de l'affection présumée du *de cujus*. L'ancien droit est, au contraire, un régime d'inégalité et de privilèges, non pas arbitraires, comme on le dit parfois, mais nécessités par l'intérêt supérieur de la famille; les principaux sont le privilège de masculinité, le droit d'aînesse, l'exclusion des petits fils (tous supprimés par la Révolution).

3. — Le **privilège de masculinité** (3). — Dans un âge de violences comme l'époque barbare, la faiblesse physique des femmes eut pour conséquence de les rendre incapables de succéder; succéder était le privilège, — si l'on peut appeler privilège un droit qu'on payait de son sang, — de ceux qui se battaient et qui, seuls, étaient aptes, par la lance ou l'épée, à défendre les biens de la famille (4). Si les femmes, en se mariant, passaient dans une autre famille, elles ne pouvaient y apporter aucune part du patrimoine paternel, et comme les liens qui les unissaient à leur famille naturelle étaient rompus,

(1) Enfants naturels, ci-dessus, p. 127, t. II. Voy. not. dr. lombard et wisigoth. Pertile, 4, 65 (Italie). Dahn, *Westg. St.*, 131. Stobbe, § 295. Schrœder, 302. **Dr. de bâtardise**, cf. Beaum., 18. Glossaires et Rèpert., Loisel, Table, *h. v°*. Traités sur le domaine, etc. Viollet, 844 (succession de la mère, *Coul. loc. d'Arras*, 1744, p. 196, etc.). Britz, 687. Kowalevsky, p. 219. Chaisemartin, p. 413 (*ebenbürtig*). Thévenin, *Textes*, n° 35 a. *Siete Part.* Table, v° *Spurius*.

(2) Cf. famille-souche du Lavedan. Ci-dessus, p. 5, t. II, *NRH*, 1900, 601.

(3) Ci-dessus, p. 147, t. II. — Laboulaye, Rathery, Pardessus, Gide (éd. Esmein), Vanderkindere, etc. — Bibl. dans Geffcken, *L. Salica*, p. 223; Schrœder, p. 523. Stobbe, 5, 62, 103. Pertile, 4, 51. Rosin *op. cit.* Opet, *Erbr. Stell. d. Weiber*, 1888 (lois barbares). Brunner, *Mitth. d. Inst. f. öst. Gesch.*, 2, 10 (Reg. de Farfa). Siegel, 429. Zeumer, *N. Arch.*, 26, 95. Ficker, 3, 590. Pollock et M., 2, 258. Fustel de Coul., *Rech.*, p. 233. Glasson, *NRH*, 1885, 233; *Hist.*, 3, 146; 7, 466. Viollet, 823. Ci-dessus, p. 87, 147, t. II. Chaisemartin, p. 390. Meynial *op. cit.* Britz, 665. Loysel, 341 (bibl.). Ci-dessus, p. 5, t. II (bibl.). *Siete Part.*, Table, v° *Filia*. Chaisemartin, p. 390. Ficker, 4, 1, 5, 216. Galy, 287. Dultzig, 80.

(4) Cf. autres incapables, infirmes, religieux. Ci-contre.

leurs descendants se trouvaient n'avoir pas plus de droits qu'elles. — Tel dut être l'ancien droit germanique, au moins sous le régime de la famille patriarcale (1). Tacite ne parle pas de la succession des femmes. Certaines lois barbares, comme celle dite des Francs Chamaves, 42, et la loi des Thuringiens, 6, refusent aux filles tout droit sur la terre aussi bien que sur le bétail et les esclaves qui en sont les accessoires naturels ; leurs frères les excluent et même, d'après cette dernière loi, les parents mâles jusqu'au cinquième degré ; passé ce degré, l'hérédité tombe en quenouille (2). On devait laisser aux femmes, comme par grâce, les vêtements et les ornements qui ne pouvaient servir aux hommes (*rhedo*, *Gerade*) (3). A défaut de descendance mâle, comment traiter les filles ? Deux solutions étaient possibles : les faire servir à reconstituer la parenté mâle, comme l'épiclère d'Athènes (4) ou l'*Erbtochter* du droit alle

(1) Cf. autres législations. Post, 1, 222. Simon, *La cité chinoise*, p. 48 (1891). Paturet, *Cond. de la femme dans l'anc. Egypte*. Dareste, p. 62, 74, 112, 227, 258, 273, 314. Ce fut Mahomet qui introduisit la succession des femmes chez les Arabes. Il y a environ cent vingt ans, malgré le Coran, les délégués des confédérations kabyles prononcèrent d'une manière absolue l'exclusion des femmes des successions Jobbé-Duval, Thèse, p. 160 (1874). Lehr, *Dr. civil russe*, I, 393.

(2) *L. Thuring.*, 6 : *Hereditatem defuncti filius non filia suscipiat. Si filium non habuit..., ad filiam pecunia et mancipia, terra vero ad proximum paternae generationis consanguineum pertineat... Usque ad quintam generationem paterna generatio succedat. Post quintam autem filia ex toto... succedat et tunc demum hereditas ad fusum a lancea transeat.* Heusler, 2, 604.

(3) Il est des biens que les femmes recueillent de préférence aux hommes, parce qu'il ne peuvent servir qu'à elles, et réciproquement. De là des successions spéciales dont il n'est guère question qu'en Saxe. Chaisemartin, 392. — A° **Heergewate** (*vestis bellica*). L'armure est réservée au plus proche agnat mâle. *L. Thur.*, 31 : *ad quemcumque hereditas terrae pervenerit, ad illum vestis bellica, id est lorica, et ultio proximi et solutio leudis debet pertinere.* *Sachsensp.*, 1, 27. 2; 22, 4. Extension à d'autres objets, par exemple outils, livres. *Preuss. Landr.*, 2, 1, 523. Grimm, 582. — B° **Gerade** (vêtements et ornements à l'usage des femmes). La fille ou, à défaut, la plus proche parente y ont seules droit. *L. Thur.*, 32, 38 (*rhedo*) *Burg.*, 51 (14, 6) : *mala hereda = nuptialia ornamenta.* D'après Gaupp, la *materna hereditas* de la *L. Franc. Cham.*, 42, ne serait que la *Gerade*. Heusler, 2, 577. Froidevaux, *La loi dite des Fr. Ch.*, p. 135. *Sachsensp.*, I, 27. Extension, *ibid.*, I, 5, 3; III, 38, 5. — A défaut de parents aptes à les recueillir, ces deux sortes de biens vont au juge. *Sachsensp.*, I, 28. Heusler, 2, 617. Stobbe, 5, 130. Ficker, 1018. — Dans l'Inde ancienne, les filles n'héritaient que des ornements et vêtements de leur mère.

(4) Beauchet, *Dr. privé athén.*, I, 398. Dareste, p. 26 : chez les Hébreux,

mand (1), ou bien les écarter d'une façon absolue. Ce fut peut-être à ce dernier parti qu'on s'arrêta d'abord, surtout pour la terre, de manière à laisser le champ libre au droit des *vicini* ou à celui des lignagers. Mais peu à peu, le droit des filles s'affirma à l'encontre de ceux-ci par suite de l'influence romaine et chrétienne, par suite encore de la désagrégation de la famille agnatique ; et, par voie de conséquence, les parents maternels eurent part à la succession à côté des parents paternels. — C'est à ce stade de l'évolution que la loi Salique semble arrivée dans son t. 59, si discuté, où il est question de la succession, *de alodis* (2). Ce titre, addition au tarif de compositions de la primitive Coutume, avait pour but exclusif de fixer les droits héréditaires des parents maternels. Ils sont classés dans l'ordre suivant : 1° mère ; 2° frère ou sœur (utérins) ; 3° sœur de la mère ; 4° les plus proches parents maternels après ceux-là (3). Il est naturel

filles héritières épousées par leur plus proche parent afin d'empêcher que leur famille ne s'éteigne. Ruth, 4. Nombres, 36.

(1) Schrœder, 777.

(2) Tacite, *Germ.*, 20 : *sororum filiis idem apud avunculum qui apud patrem honor. Quidam sanctiorem arctioremque hunc nexum sanguinis arbitrantur et in accipiendis obsidibus magis exigunt... Heredes tamen successoresque sui cuique liberi, fratres, patrui, avunculi. Sui* ne signifie pas héritiers siens. *Liberi* et *fratres* ne comprennent ni les filles ni les sœurs. Pour les oncles paternels et maternels, ils semblent placés sur la même ligne. Brunner, I, 80. Amira, *Erbenfolge*, 219. Schrœder, 71. Ordre de la *L. Sal.*, 59 : mère, frères et sœurs, sœur de la mère, le plus proche parent maternel (*L. emend.* : père et mère, frères et sœurs, sœur du père, sœur de la mère, les plus proches de la ligne paternelle). Cf. *Sal.*, 44 (droit au *reipus*) : aîné des fils de la sœur, aîné des fils de la nièce, fils de la cousine maternelle, oncle frère de la mère. *Sal.*, 58 (*de chrenecruda*) : père et frères, trois plus proches de la ligne maternelle et trois de la ligne paternelle. Geffcken, p. 223 (bibl.). Heusler, 2, 524. Dargun, *Mutterrecht*, p. 60, 153. Opet, *op. cit.* Amira, p. 25. Brunner, *ZSS. GA*, 3, 41, et ci-contre. A. del Vecchio, *Lo zio materno*, 1891. Pollock et M., 2, 238. Glasson, 3, 153.

(3) L'infériorité des femmes, communément admise jusqu'à ces derniers temps, vient d'être remise en question surtout par les partisans du matriarcat. Ils argumentent du titre 59 de la L. Salique (Dargun, Heusler, Opet, Ficker). Mais il leur difficile d'expliquer comment l'oncle maternel est passé sous silence, comment le frère du *de cujus* succède avec sa sœur ; il est singulier aussi de ne pas trouver le matriarcat dans l'ordre successoral rapporté par Tacite. Chez les Lombards, chez les Wisigoths, il est établi que le droit des femmes est allé en se développant. Dans le droit wisigothique, en particulier, l'égalité des sexes est de date récente (ce qui infirme la remarque de M. Glasson que les plus anciennes lois barbares traitent les femmes mieux que les plus récentes). Cod. Euric., 320. *Wis.*, 4, 2, 1, 9. Zeumer, *NArch.*, 26. Préférence des mâles dans le droit anglo-saxon et le

de supposer que ce classement fut emprunté à celui des parents paternels, de manière à ce qu'il y eût symétrie entre les deux groupes d'héritiers appelés à se partager la succession. On ne dit rien des parents paternels, parce que leurs droits étaient incontestés ; mais les scribes auxquels nous devons des manuscrits donnant un texte plus récent de la loi Salique, crurent bon de faire figurer ensemble parents paternels et maternels (cf. *l. emendata*). On se borna à réserver la terre à la ligne paternelle (*virilis sexus*) et dans celle-ci aux frères du mort (germains ou consanguins) : *de terra vero in muliere hereditas non pertinebit.* Le t. 59 est muet au sujet des filles du *de cujus* ; il suppose que celui-ci n'a pas laissé de postérité (*si filios non dimiserit*) : tout porte à croire qu'elles étaient exclues par leurs frères non seulement de la terre, mais même de la totalité de la succession, à l'exception des *ornamenta muliebria* (cf. L. Fr. Cham.) ; à défaut de fils, les filles prenaient sans doute les autres biens, mais non la terre (cf. L. Rib. Thur.). L'exclusion des femmes, d'abord absolue, fut restreinte assez vite à ce que l'on appela plus tard les propres de succession par opposition aux acquêts immobiliers (1). Aussi tandis que le plus ancien texte de la loi Salique ne contenait que le mot *terra* tout court, on lit dans les textes postérieurs **terra salica**, expression dont le sens originaire est très douteux (2), mais qui certainement, au septième et au

gavelkind de Kent. Pollock et M., 2, 258. L'interprétation du t. 59 de la L. Salique que nous empruntons à Brunner, *ZSS*, 1900, *GA*, 1, est ingénieuse, mais un peu divinatoire, et prête à une objection grave : pourquoi accorder un privilège à la sœur du père et à la sœur de la mère? *Rib.*, 56. Peut-être parce qu'elles n'ont pas quitté la maison, tandis que les frères s'en sont éloignés. Cf. droit lombard. Mais on aurait dû le spécifier. Notons que le droit coutumier accorde quelquefois aux filles des privilèges dans la succession ou la dot de leur mère. Pertile, 4, § 126 (succession aux femmes). Cf. L. Fr. Cham., 42. Froideveaux, p. 135 (interp. diverses). L. de Burchard de Worm, c. 10 (a. 1024).

(1) D'après Heusler, 2, 578, le privilège de masculinité s'étendit en Saxe et s'appliqua même aux acquêts et au bétail ou aux instruments agricoles, accessoires des fonds de terre. Dans le sud de l'Allemagne, au contraire, on admit le principe de l'égalité des sexes, sauf pour l'*Ansedel*, l'*Hantgemal*. Ainsi chez les Alamans (*M. de Souabe*, 128, 148 a) ; avec le temps, le privilège des mâles sur la maison d'habitation est devenu un droit d'aînesse ou de maisneté (Berne, 1614, 2, 13, 6). Sur l'*Handgemalgut*, cf. Heusler, I, 232. *Handgemal* veut dire *Hand Zeichen* (signe manuel, *chirographum*), et *Stammgut*, Schrœder, 432.

(2) Aperçu et bibl. dans Geffcken, p. 226. Cf. t. I (succession au trône ; *les lis ne filent pas*, etc. Du Cange, v° *Fusus*). Opinions diverses : 1° *Terra*

huitième siècle, est synonyme de **terra aviatica** (terre des aïeux, *avi*), comme dit la loi des Ripuaires, 56, 4, dans une disposition correspondante à celle de la loi Salique et qui peut en être considérée comme l'interprétation officielle, au moins pour l'époque où elle fut rédigée. L'édit de Chilpéric, en 596, décida que les filles succéderaient à la terre à défaut de fils, les sœurs à défaut de frères, de manière à exclure les *vicini* et sans doute aussi les collatéraux plus éloignés (1). — Mais le principe de l'inégalité des sexes ne fut pas aboli dans le droit franc (2). On autorisa seulement le père à l'écarter par le **rappel à succession** des filles ; il dépendait de lui de les faire concourir avec les fils ; une formule célèbre de Marculfe, 2, 12, montre qu'on s'inspirait en cela des idées chrétiennes et romaines ; un père

salica, comme on dit *lex salica*, a le même sens que *terra* en général. L'Edit de Chilpéric dit *terra* tout court. Dareste, p. 411. Rosin, p. 6. — 2° Terre salique veut dire *t. aviatica*. Marculf., 2, 12. *Carta Sen.*, 45. Pardessus, *L. Sal.*, 710. — 3° Maison et enclos, quelque chose comme le manoir et le vol du chapon des temps féodaux, cet îlot de propriété individuelle signalé par Tacite dans sa description d'un régime de propriété collective. *Sala* signifie maison. *Alam.*, 81, 1. *Sal.*, 16, 2 (*salina*). *Dipl.*, 2, 284, 333. Eccard, dans son *Comm. s. L. Sal.*, cite une glose florentine d'après laquelle la loi salique ou *selilant* serait celle *quae ad salam sive domum curtis pertinet*. Guérard, *Polypt. d'Irminon*, p. 483. Au neuvième siècle, dans la région du Rhin, on appelle terre salique le manse seigneurial, par opposition aux manses tributaires. Cf. Viollet, p. 824 (bibl.). Glasson, 3, 149. Stobbe, 5, 88. Heusler, 2, 576 (cf. ci-contre, *Hantgemal*). — Le problème s'est compliqué pour les auteurs récents, parce qu'ils l'ont rattaché à l'obscure question de la constitution de la propriété foncière à la suite des invasions. Cf., à ce sujet, Meitzen, *Siedelung u. Agrarwesen d. West. und Ostgermanen*, 1895. Sohm compare la *terra salica* au *folcland* anglo-saxon (ci-dessus, p. 344, t. II) ; au contraire, pour Schrœder, p. 212, ce serait la terre acquise en vertu d'un *praeceptum regis* que le roi fit donation d'un domaine de la couronne ou qu'il permît d'occuper des terres vacantes (ci-dessus, p. 288, t. II) ; ce seraient aussi les biens nobles, *éthel*, *odal*, attribués aux princes germains comme la dotation d'une fonction et qui ne tardèrent pas à devenir héréditaires ; ces terres saliques se seraient opposées à la *Hufe* (cf. *Hof*, bibliog. p. 199) ou *sors* (*Los*, *hlôt*), aux lots dépendant de la communauté de village et faisant retour à cette communauté. Cf. Heusler, 2, 525, 575. Sur l'*odal* norwégien (propre), cf *ZSS*, 1901, *GA*, 109.

(1) A défaut de sœurs, le droit des *vicini* subsistait-il ? L'Edit est muet. La fin de son § 3 semble viser les acquêts sur lesquels les *vicini* ne pouvaient élever de prétentions. Cf. t. 45. L. Sal., *de migr.* Geffcken, p. 270 (bibl.). Gierke, *op. cit.* Meitzen, I, 588. Chaisemartin, 412.

(2) Les fils qui recueillaient la succession étaient chargés de la nourriture et de l'entretien de leurs sœurs, et elles ne se mariaient pas ; au cas contraire, ils avaient à leur fournir la dot d'usage.

donne dans sa succession les mêmes droits à ses fils et à ses filles, contrairement à ce qu'il appelle la *vieille coutume impie* (1) : *sicut mihi a Deo aequaliter donati estis, ita et a me sitis eaqualiter diligendi et de res meas eaqualiter gratuletis tam de alode paterno quam de comparatum vel mancipia* (2). — Le **régime féodal** (3) répugnait à la succession des femmes parce qu'elles étaient incapables de rendre des services d'ost et de cour attachés à la possession du fief (4). Mais le principe de la patrimonialité des fiefs conduisit à transmettre ces biens à l'instar des autres ; les femmes y purent prétendre, à condition de rendre les services féodaux par représentant, et comme leur représentant le plus naturel était leur mari, on tira de là un droit pour le seigneur d'imposer le mariage à sa vassale jusqu'à l'âge de soixante ans. Du reste, sur ce point, les actes féodaux et les Coutumes se divisèrent : tantôt on admit la succession des femmes (et des cognats) (**fiefs féminins**), tantôt on la rejeta (**fiefs masculins**) pour n'admettre à succéder que les mâles (et les agnats). En règle générale, les femmes ne vinrent qu'à défaut de mâles du même degré (5). *Se il n'i eust que fis d'un jor et il eust quarante filles*, dit Philippe de Navarre, 69, *n'i aureient elles dreit, car fille ne peut estre dreit heir devant fis.* Au contraire, pour les biens non nobles, le principe qui prévalut en droit coutumier fut l'égalité entre hommes et femmes (6). — En beaucoup de lieux pourtant le privilège de masculinité subsista sous la forme d'**exclusion**

(1) Le Miroir de Saxe fut condamné par la papauté, du chef de l'exclusion des filles. Cf. pour le droit romain, Petrus, 1, 6. *Ass. de J.*, I, 275, éd. B.

(2) Pasquier, *Inst.*, p 512.

(3) *L. Feud.*, 1, 1, 3, 8 : *filia non succedit in feudo nisi investitura fuerit ut filii et filiae succedant.* On aboutissait ainsi à un régime propre à chaque fief, jusqu'à ce qu'il s'établit un droit commun. Cf. substitutions et surtout fiefs taillés en Angleterre. *Summa Norm.*, 25. Littleton, 13. Dans ce dernier pays, en 1100, il était hors de doute que les femmes succédaient aux fiefs de chevalerie. Pollock et M., 2, 260. En France, cf. Beaum., 14. *Jost.*, 12, 7, 3. Durand, *Spec.*, p. 311. *Const. Châl.*, 68, 75. *Cout. not.*, 71. *Gr. C.*, p. 290. *TAC, Bret.*, 232. Loisel, 634. Pothier, t. 8, p. 100. — Cf. Venise, Stat., 4, 25. *Const. Sic.*, 2, 26.

(4) Cf. cep. dames de fief siégeant aux Cours féodales, filles ou veuves assistant à des assemblées politiques. Loisel, 608. Beaum., 41, 27.

(5) Loisel, 634 et suiv. Forclusion des descendants (mâles ou non) par les femmes. Beaum., 14, 28. *Cout. not.*, 71. Loisel, 325. Blachstone, 2, 14.

(6) *Summa Norm.*, 24. Beaum., 14, 11. *Secus*, colonges d'Alsace. En certains lieux, droit de masculinité entre nobles, portant sur les rotures comme sur les fiefs. Glasson, 7, 467.

des filles dotées de la succession (1). L'abandon de la fille suffit d'abord pour leur faire perdre leurs droits héréditaires, qu'elles fussent dotées ou non; quand il n'eut plus cet effet, on les regarda comme suffisamment pourvues par la réception de leur dot; tantôt l'exclusion avait lieu de plein droit, tantôt elle résultait d'une clause de **renonciation à succession** insérée dans le contrat de mariage (2); la Coutume les obligeait parfois à se contenter pour toute dot d'un *chapel de roses* (3); d'autres fois, la dot devait être convenable (*mariage avenant* en Normandie); enfin, on la désigne sous le nom de *légitime*, dans les régions où la perte des droits successoraux est subordonnée à la réception de la légitime tout entière (4). — L'idée de la faiblesse physique des femmes ne suffisait plus depuis longtemps déjà pour rendre raison de leur incapacité de succéder (légale ou conventionnelle); l'ordre public mieux assuré par l'action plus énergique de l'Etat les mettait à l'abri des violences. D'autres motifs expliquent l'infériorité de leur condition. Les clauses expresses ou tacites du contrat d'inféodation en étaient souvent le fondement; et en fin de compte, le désir d'empêcher le morcellement

(1) Usage romain de léguer la dot à la fille en l'exhérédant. Dig., 34, 1, 10, 2; 33, 5, 21. Esmein, *NRH*, 8, 4. Exclusion des filles dotées dans les lois lombardes, *Roth.*, 181; *Liut.*, 3, 102 (cf. filles *in capillo*, les cheveux dénoués, signe distinctifs des femmes non mariées, *in casa*, n'ayant pas quitté la maison). Pertile, 4, 51; dans les Statuts italiens à l'effet de conserver les biens dans les familles. Voy. La Mantia, *Storia d. legislaz. ital.*, 1, 242 et suiv. Pertile, 4, 56, 62. Brünneck, p. 83. Viollet, p. 826) et dans les Coutumes du midi de la France. Montp., 90. Marseille, 2, 54 (éd. Fresquet). Giraud, 2, 248. Bergerac, 55. Gide, p. 441. Tardif, p. 60. Cf. de Ribbe, *op. cit.*, p. 1003. — Sur les Coutumes du Nord, cf. Touraine, 284. Ci-après, Incompatibilité des qualités d'héritier et de donataire. — *NRH*, 1877, 22. Chaisemartin, 390. De Maulde, *Procès politiques sous Louis XII*, 1885 (Doc. inédits) : droits d'Anne de France.

(2) Loisel, 341. Pasquier, *Inst.*, p. 509. Ces renonciations auraient dû être annulées, d'après le droit romain, comme portant sur des successions futures. Mais cf. ci-dessus, p. 449, t. II. Sexte, 1, 18, 2. Gui Pape, *Qu.*, 227. Meynial, *NRH*, 1901.

(3) Ragueau, v^is^ *Chapel*, *Serpol* (trousseau). Laboulaye, 407.

(4) Loisel, 639 : *doit le roy mariage à mesdames ses sœurs et filles. Honeste dotare*, disent les Statuts italiens. Cf. mariage avenant en Normandie. *TAC. Norm.*, 80; *Summa*, 24, 14. Le Poittevin, *NRH*, 1889. Pertile, 4, 60. En Corse, 1571, 1, 43 : arbitrage de trois proches parents. Ailleurs, c'est la *légitime* qui leur est due. Sur les veuves, cf. ci-dessus, secondes noces. Pertile, 4, 62. Ci-après, Contrat de mariage : en pays de Coutumes, *ne dote qui ne veut*, tandis qu'en pays de droit écrit existe l'obligation de doter.

du patrimoine familial agit énergiquement dans ce sens (1); filles et cadets furent sacrifiés à l'aîné, non pas dans l'intérêt personnel de celui-ci, mais dans l'intérêt de la famille; il est vrai que le droit d'aînesse aurait pu être accordé aux filles; s'il leur fut refusé pour être réservé aux hommes, c'est qu'en se mariant elles cessaient de représenter la famille et prenaient un nouveau nom; c'est aussi parce que, dans diverses circonstances, il est difficile ou même impossible à la femme de jouer le rôle de chef de famille (2).

4. — Le **droit d'aînesse** (3), fréquent dans les vieilles législations où il se rattache aux idées religieuses, au culte des ancêtres dont l'aîné, l'*enfant du devoir*, est chargé tout particulièrement, mentionné dans la Bible où Esaü le cède à Jacob, *Genèse*, 25, est à peine indiqué dans Tacite, *Germ.*, à propos d'une seule des peuplades de la Germanie, les Tenctères, et ne figure pas dans les **lois barbares** (pas plus qu'il ne figurait dans les lois romaines) (4). On se serait attendu à l'y voir; avec le partage égal, la maison n'est pas stable et se dissout à chaque génération, mais ce n'est peut-être qu'une apparence, car les fils du défunt vivent souvent dans l'indivision. Les communautés de famille suppléent à l'absence de la primogéniture (5); elles la

(1) Ce motif, qu'on trouve de bonne heure dans les documents, a maintenu longtemps l'infériorité des femmes en matière de succession, même dans les pays où l'action du droit romain s'est fait le plus sentir, par exemple en Italie. En Suède, où Birger Jarl appela les femmes à succéder en 1262 pour le tiers de l'hérédité, l'égalité des sexes n'a été proclamée qu'en 1845.

(2) Ci-dessus, p. 147, t. II. Loisel, Table, v° *Femmes*. Beaumanoir, *Jost.*, *id.*

(3) Cf. Le Fief, t. I. Post, 1, 221; 2, 188. Dareste, 4, 47, 63, 73, 112, 277. Kowalevsky, 221. — *Tract. univ. juris*, t. 10. Molina, *De primog. hispan. orig.*, 1601. *Siete Part.*, Table, v° *Primogen.* — Viollet, 838; *Hist. des Inst.*, I, 243. Glasson, 7, 430. *NRH*, 1885, 562. Gavet, *Particul. du dr. nobl. en Lorr.*, 1901. Thèses : Charlot, 1901. E. de La Villeboisnet, 1901. Guilhiermoz, *Orig. de la noblesse*, 1901, p. 202, 214. Schmitt, *L'héritier associé en Périgord, Agenais, Quercy*, 1903 (Thèse). — Sur le droit anglo-normand, cf. Brunner, *Anglon. Erbf.*, 29. Pollock et M., 2, 260. Pollock, *Landlaws*, 58, 219. Kenny, *Primogeniture*. Lloyd, *Success. laws*, 1876. Stocquart, *Rdr. public*, 5, 457. — Stobbe, 5, 39, 103. Frommhold, *Einzelerbfolge* (*Unt.* de Gierke), 1889. E. v. Dultzig, *D. Grunderbr.* (*ibid.*), 1899, p. 113. *Fr. judic.*, 1877, 129. Schultze, *Hausges. d. regier. deutsch. Fürstenhauser*, 1879, ZSS, 1890, *GA*, 151, 177. Chaisem., 437.

(4) Cf. *Sal.*, 43; *Cap. extr.*, 7. *Div. imperii*, 817. Succession au trône de Lothaire, en 954. Loisel, 328. — Cf. *Alam.*, 91. *Bai.*, 1, 1; 15, 9.

(5) *Roth.*, 167. *Liut.*, 70. Capit., 818, 6, 11; 825, 6 (I, 282; 330). Sur les

préparent, en effet, les frères y ont pour chef naturel leur frère aîné ; ils vivent *sub seniore fratre* (1). — Avec le **régime féodal** apparaît enfin le droit d'aînesse (2). — 1° A l'origine, il est établi dans l'**intérêt du seigneur**. Le fief est indivisible parce que la reddition des services féodaux, en particulier du service militaire, eût été compromise par un partage (3). Le fief est

Gemeinderschaften, *Ganerbschaften*, *Genossenschaften*, cf. ci-après. Personnes morales. Heusler, 1, 51. Brunner, 1, 70. Schrœder, 326. Frommhold, 11. Huber, *Gemeindersch. d. Schweiz*, 1897 (*Unters* de Gierke). Pollock et M., 2, 260. Maitland, *Domesday book*, 145. Ex. de *thanes* tenant une terre en commun avec l'un d'eux pour *senior* (quoiqu'il n'y ait pas de droit d'aînesse). Ces tenures rappellent le parage du droit normand et angevin. *Secùs*, Guilhiermoz, p. 204, 205, qui veut rattacher *parage* à *patrem* ; chose bien difficile à nos yeux, puisque *patrem* a donné père; *parâtre* est de formation savante. De même, le prov. *paratge* ne peut dériver de *paire*, mais vient de *par*, égal. *N. tient d'un seigneur en parage* nous paraît vouloir dire : N. tient sa terre de tel seigneur sous la condition qu'il y aura parage entre ses fils. On trouve des communautés même dans le Midi (Roussillon, Guyenne, Provence). Cf. ci-dessus, p. 588, t. II. A. de Brandt, p. 40. *ZSS*, 1901, *GA*, 373. Verdelot, p. 28.

(1) L'aînesse féodale, comme d'ailleurs le minorat roturier, auraient donc des précédents d'une grande importance dans la communauté de famille (*Hausgenossenschaft*, *Were* ou groupe de parents vivant ensemble). Cf. ci-après, *Anerbenrecht*, indivisibilité des tenures roturières (bibl.). Dultzig, 68, 108, 117. Brentano, *Zukunft*, 1895, 444 (souvenirs bibliques, dr. romain). Fick, *Bauerl. Erbfolge*, 1895. Brandt, p. 64 (explication économique et non féodale). Ci-après, Pays de droit écrit. S. Maine, *Inst. primit.*, p. 123 (*gavelkind*), 154. Dareste, *N. Et.*, 286, 297, 304.

(2) Le droit d'aînesse a, pour ainsi dire, précédé l'hérédité des fiefs, car le concédant, à la mort du vassal, renouvelait fréquemment la concession au profit du fils aîné de celui-ci. Une fois les fiefs devenus héréditaires, il s'est produit une période d'incertitude et d'hésitation d'où l'on est sorti plus ou moins vite suivant les lieux. L'assise bretonne de 1185 est un des premiers actes législatifs sur la matière, et elle a dû être précédée d'une loi anglo-normande de Henri II qui ne nous est point parvenue, mais qui devait défendre de partager, les baronnies et les fiefs de haubert, au moins entre mâles. *L. Henri*, *I*, 70, 21. Glanv., 7. Bracton, f° 64. *TAC. Norm.*, 8, 83; *Summa*, 23 et suiv., 99. Cout. de 1583, 335. Planiol, *NRH*, 1887, 145. Pollock et M., 2, 258. Guilhiermoz, p. 214. S'il y avait plusieurs fiefs, l'aîné n'en prenait qu'un. L'indivisibilité des fiefs était plus nécessaire pour les Normands établis en pays ennemi ou pour les croisés en Palestine. Ph. de Nav., 69, 71. J. d'Ibelin, 68, 148, 156, 182. De la tenure en parage et du système de l'hommage à l'aîné (appliqué au duché de Normandie), cf. Guilhiermoz, p. 202, rapprochez les coseigneuries méridionales, Dognon, *Inst. du Languedoc*, p. 16, le système catalan, *Usat. Barchin.*, 31, le système allemand dérivé de la loi de Conrad le Salique, 1037, Mir. de Saxe, *Lehrr.*, 29, 2, et les *L. Feud.*, 1, 2; 4, 1. Cf. Glasson, 7, 430; *NRH*, 1885. Heusler, 2, 614 (*Gesammtbelehnung*). Loisel, 611, 638. Schrœder, 401, 409.

(3) Sur les démembrements du fief, cf. Guilhiermoz, p. 195.

attribué à l'aîné parce qu'il a sur ses frères cette supériorité naturelle que donnent l'âge et l'expérience, parce qu'il est associé à son père, en fait tout au moins, dans l'accomplissement des devoirs féodaux, depuis plus longtemps que ses frères, parce que l'intérêt du seigneur est qu'il conserve cette situation et qu'en même temps la transmission héréditaire s'opère plus aisément à son profit. Au contraire, dans la succession aux tenures rurales, d'autres raisons firent souvent préférer le plus jeune des fils : *minorat, juveignerie, muisneté* (1). — 2° L'indivisibilité des fiefs considérables, des seigneuries importantes avait une raison d'être **politique** ; c'étaient de petits Etats dont le morcellement eût été plein d'inconvénients ; la justice, la souveraineté sont impartageables. — 3° Dans le dernier état du droit, ni l'intérêt du seigneur, ni l'intérêt politique ne sont en jeu, car le service militaire féodal a cessé et la centralisation a ôté aux seigneuries toute indépendance (2) ; le droit d'aînesse subsiste dans l'**intérêt de la famille**. Et comme à l'époque où

(1) **Ultimogéniture** — 1° Dans un système de propriété collective, les aînés ont des lots et un foyer séparé, le dernier ne vit et travaille avec son père, il est auprès de lui au moment de sa mort, et devient le gardien du foyer, rôle très important dans la religion animiste (mannequins de potence faits avec de la racine de mandragore arrachée sous un gibet et attribués comme des sortes de dieux domestiques au puîné, réserve de l'âtre au dernier des fils dans le *gavelkind* de Kent, légende du Petit Poucet). — 2° Le plus jeune des fils garde la maison paternelle, parce qu'il n'a pas pu se créer un foyer séparé ; il en a un plus grand besoin, et c'est la juste compensation de son travail. — 3° Le fils aîné est souvent un rival pour son père vieilli ; il n'en est pas de même du Benjamin sur lequel celui-ci reporte son affection. — Bretagne (quevaize). B. de Richeb., 4412 ; Furic, *Usem. de Cornouaille*, 1644, p. 61. Angleterre, Hoel le Bon, *C. Ven.*, 1, 16; *borough english*, *Year b.*, 1, Edw. III, f. 12 (a. 1327). Artois, Picardie, Hainaut, Brabant, Frise, Westphalie, Alsace, Suisse, etc. Dans l'Inde anciennne et dans le Caucase, il coexiste avec le droit d'ainesse, et, chose plus bizarre encore, il n'exclut pas l'existence d'un privilège au profit des *frères du milieu ;* il est vrai que Gautama ne prend pas ce dernier fort au sérieux : que le frère du milieu, dit-il, reçoive, outre un lot égal à celui des autres, une vieille bête de somme n'ayant qu'un œil, à laquelle il manque une corne et la queue. Ernouf, *France judic.*, 1882-83, 1, p. 313 (d'ap. Elton). Pollock et M., 2, 277. Kowalevsky, p. 224. Grimm, p. 475. Heusler, 2, 579. Huber, 4, 559. Stobbe, § 283, 321. Schröder, p. 736. Viollet, p. 724, n. 1 ; 842. Bonvalot. *Dr. de juv.*, 1901. Post, 1, 223; 2, 188. Dareste, 273; *N. Et.*, 271. Michelet, 59. Brizt, 669. Glasson, 7, 498. Dulztig, 111. Chaisemartin, p. 446. Rageau, *h. v.*

(2) Au dix-huitième siècle, on dit encore que les *baronnies* sont indivisibles.

il s'établit, la constitution ancienne de la famille était ébranlée en beaucoup de lieux, il n'eut guère ce caractère absolu et rigoureux qu'on est trop tenté de lui attribuer. Chacun des fondements qu'il a eus s'est trouvé sapé assez vite pour qu'il n'ait pas pu produire longtemps ses pleins effets. L'aîné, au lieu de prendre le fief tout entier, à charge d'apanager les puînés et de doter les filles (1), n'a plus qu'un préciput et une part avantageuse : le manoir principal et le vol du chapon à titre de préciput, les deux tiers ou la moitié du fief à titre de part avantageuse (2). On ne parvient à empêcher le démembrement du fief qu'à l'aide des substitutions fidéicommissaires. Dès le treizième siècle, le droit d'aînesse est bien restreint : pas d'aînesse entre filles (3), pas d'aînesse en ligne collatérale, pas d'aînesse pour les biens roturiers (4). Ce n'est déjà plus qu'un

(1) *Add.* Springfeldius, *de apanagio*, 1663. *Dig. ital.*, *h. v°*. Maffert, Thèse, 1900. — D'Argentré, *Advis s. le part. des nobles*, 1570.

(2) Paris, 13. Orl., 89. Tour., 260. Glasson, Guilhiermoz, *op. cit.* Guénois, *Conférences des Cout.*, p. 183 et 700. Ferrière, s. Paris, 13 et suiv. En dehors des textes qui y sont cités, cf. *AC. Bord.*, 57. *Vermendois*, éd. B.-B., 161, 168. *AC. Anjou et Maine*, id., Table. AC. Bourgogne, dans Giraud, t. 2, p. 296, 272.

(3) *TAC. Norm.*, 9. *Secùs.* Ponthieu, Lavedan, etc. Cf. Le Fief, t. I, Iwein, p. 7715.

(4) Beaum., 14. *TAC. Norm.*, 8. Bourg., etc. : même pour fiefs. Cf. *gavelkind* de Kent (cf. Origines de la Famille, t. I), vieil usage dont le maintien et le développement s'expliquent par la prospérité commerciale de ce comité. Pollock et M., 1, 165; 2, 269 (bibl.). — Cependant, d'après quelques Coutumes, les rotures appartenant à un noble se partageaient noblement. L'indivisibilité de la tenure roturière s'est aussi établie dans l'intérêt de la famille ou a subsisté comme un reste de la communauté familiale. Viollet, 840, 841 (aînesses en Normandie). Glasson, 7, 419, 470. Barèges, 1. Soule, 27. Labourt, 12. Rapp. de Merlin, 21 novembre 1790. Sagnac, p. 218. — Allemagne, système de l'**Anerbenrecht**. Stobbe, § 322 (5, 382). Heusler, 2, 616. Blondel, *Et. s. les popul. rurales de l'Allem.*, p. 191. Verdelot, Thèse, 1899. E. v. Dulzig, *Deutsch. Grunderbr.*, 1899 (bibl.) (ZSS, 1900, GA, 279). Frommhold, *op. cit.* et *Anerb.*, 1886. L. Brentano, et après lui, Fick, *op. cit.*, voient dans l'*Anerbenrecht* une institution seigneuriale et la rattachent au *Hofrecht*. Mais cette thèse est combattue par la plupart des historiens du droit, qui en font une suite de la communauté de famille; de là seraient venus le majorat ou le minorat, les apanages, récompenses ou *Abfindungen* dues par l'Anerbe qui recueille la totalité de l'héritage à ses frères, les mariages ou dots aux filles, à moins qu'elles ne soient exclues de la maison paternelle en considération du douaire qu'elles acquièrent en se mariant. Ci-contre, p. 596, t. II. Stobbe, § 324 (bibl. sur les *Abfind.*), 290. Boissonnade, *Anc. Cout. du Japon*, 1894, p. 13. — Sur les filles en droit lombard, *add.* Kjer, *Dansk og langob. Arveret*, 1901 (C. R. dans ZSS, 1901, GA, 367). — Chaisemartin, p. 442. — Retrait des aînés D. 30 nov. 1793.

régime d'exception ; le partage égal est la règle, à l'exemple du droit romain (1). Sous la forme qu'elle affecta, l'aînesse était trop amoindrie pour donner à la noblesse française une force réelle. Les lois révolutionnaires et le Code civil, en l'abolissant, n'ont fait que généraliser le droit commun des Coutumes (2). On a vainement tenté de le rétablir en 1826 par voie législative ; cette résurrection s'est heurtée à une opposition très vive de l'opinion publique. Mais il y a encore des familles où *on fait un aîné*, c'est-à-dire où on gratifie le fils aîné aux dépens de ses frères dans la mesure où la loi l'autorise et souvent au delà, comme on le faisait déjà autrefois dans les pays de droit écrit (3) ; l'école de Le Play a proposé d'organiser la liberté de tester de façon à permettre au père de famille de choisir parmi ses enfants le plus digne de continuer son œuvre et d'éviter le morcellement d'un patrimoine péniblement constitué ; c'est aussi dans ce dernier but que beaucoup de familles françaises ont pris le parti de n'avoir qu'un fils unique, mais ce système

(1) L'égalité, qui n'existait pas entre aînés et puînés, existait encore moins entre **enfants de divers lits**. Souvent, en effet, dans l'ancien droit coutumier, le douaire de la mère était réservé aux enfants issus du mariage, de manière à en exclure les enfants des autres lits. L'application des lois anciennes sur les seconds mariages aboutit à un résultat analogue. Les biens du père se partageaient ainsi, suivant une vieille expression, *par ventrées*. Sur ces institutions, cf. ci-après. Contrat de mariage. Dans les Pays-Bas, on les qualifie de droit de *dévolution* ; et c'est justement en vertu de ce droit que Louis XIV réclama les Pays-Bas eux-mêmes au nom de sa femme, Marie-Thérèse (*guerre de dévolution*, 1667). Britz, 670. Stobbe, V, 101. Ficker, IV ; 11, 457. D. 18 vend. an 11.

(2) D. 15 mars 1790 ; 8 avril 1791 (abolition des dr. d'aînesse et de masculinité). Discours de Mirabeau (lu une heure après sa mort à la Constituante, le 2 avril 1791). Laferrière, p. 220. Sagnac, p. 518. Sevin, *Orig. révolut. du Cod. Nap.*, 1870, 350 et suiv. Brandt, *op. cit.*, p. 69. — Majorats, Déc. 1806, 1808. Pairie, Ord. 1815. L. 17 mai 1826 (substitutions). R. Fœlix, 16, 11.

(3) Il est à noter, en effet, que le principe romain du partage égal (Argou, 2, 21) y était écarté : *a*) par des dispositions testamentaires avantageant l'aîné, même dans les familles roturières ; *b*) par certaines Coutumes (Béarn, Bigorre, Pays basque) attribuant le bien de famille à l'aîné des fils ou des filles indifféremment et qualifiant les cadets d'*esclaves* Ci-dessus, p. 5, t. II (bibl.). A de Brandt, *Droit et Cout. des popul. rurales de la France en mat. successorale*, 1901, p. 29. Cf. Lagrèze, Cordier, etc. Lespinasse, *Rprat.*, 1879 (*Cayolars*). — Flammer, *Dr. civil de Genève*, p. 18 : les mœurs, plus fortes que les lois, maintiennent le droit d'aînesse qui a été proscrit ; les puînés restent vieux garçons et se font valets de l'aîné ou émigrent. Th. de Montaugé, *L'agr. toulous.*, 118.

que Malthus avait la naïveté de préconiser sous la forme du *moral restraint*, s'inspire encore plus de bas égoïsme que de vanité bourgeoise ; on recule devant la charge des enfants. Les particuliers n'ont rien gagné à le substituer au droit d'aînesse et l'Etat y a beaucoup perdu (1).

5. — **Absence de représentation** (2). — Dans le très ancien droit, la représentation n'était admise ni en ligne directe ni en ligne collatérale : *a*) les petits-fils ne concourraient pas avec les fils, frères de leur père prédécédé, dans la succession de leur grand-père ; *b*) à plus forte raison, si un frère mourait, son frère lui succédait et excluait ses neveux, fils d'un autre frère prédécédé. De nos jours, au contraire, et à Rome déjà, les petits-fils ou les neveux représentaient leur père et avaient les mêmes droits de succession que lui, parce que l'affection du grand-père ou de l'oncle se reportait sur eux. Dans l'ancien droit germanique, il semble que deux raisons se sont opposées à la représentation : 1° quand les frères vivaient en communauté, la mort de l'un d'eux ne conférait pour le présent aucun droit à ses fils ; le cercle des ayants droit se resserrait et c'était tout (3) ; 2° abstraction faite de toute communauté, l'oncle était préféré au neveu, parce que, par son âge, par sa situation, il se trouvait

(1) Il est bon, à notre avis, que chacun des enfants reçoive une part des biens du père : mais si le partage a pour effet de ruiner une exploitation, d'entraîner la liquidation ou la cession à bas prix d'un établissement industriel ou commercial, il manque son but, et mieux vaudrait attribuer le patrimoine entier à l'aîné ou à un autre des fils, à charge d'établir ses frères et de doter ses sœurs. Nous ne condamnons pas le système du partage égal, mais nous critiquons son application inintelligente. Il faudrait laisser aux tribunaux et au père de famille, sous leur contrôle, le soin de prévenir les inconvénients qu'elle entraîne. On s'abuserait, d'ailleurs, si on s'imaginait que cette réforme ou d'autres plus radicales comme l'introduction de la liberté de tester ou l'établissement du droit d'aînesse changeraient les mœurs actuelles. De Bonald, *La famille et le dr. d'aînesse*, 1826. *Add.* ci-contre, p. 378, t. II. Noiret, *Morcell. et reconcentr.*, 1901. Brandt, *op. cit.*, p. 69 et suiv. (détails sur l'application actuelle des vieilles Coutumes). Verdelot, p. 614. Regnier, Th., 1900.

(2) Viollet, 832 ; *Inst. pol.*, 1, 243. Glasson, 3, 166 ; 7, 495. Heusler, 2, 579. Kohler, *Abhandl.*, 1883. Stobbe, 5, 87, 94, 115. Brunner, 32. Schrœder, 322. Chaisemartin, 407. Pertile, 4, 81. Pollock et M., 2, 282. Post, 2, 193. Britz, 663 (bibl.). Dareste, 290, 314. Détails dans Ficker, 2, 124, etc. Valroger, *Celtes*, 545.

(3) Gierke, 2, 949. Dultzig, 69. Les petits-fils issus d'un fils marié et établi hors de la maison ne pouvaient concourir avec leurs oncles toujours attachés à la communauté de famille à laquelle ils n'appartenaient plus.

plus apte à remplir le rôle de chef de famille. Cela est si vrai que, dans certaines législations, les fils sont exclus de la succession de leur propre père par leurs oncles, frères de celui-ci (**Tanistry** en Irlande) (1). — La cause des oncles ne devait pas prévaloir, puisqu'elle était en opposition avec l'orientation générale du droit successoral (2). Dès l'année 596, la *Dec. Childeberti* permit aux petits-fils *ex filio* ou *ex filia* de représenter leur père ou leur mère dans la succession du grand-père. Il n'est pas sûr que cette loi ait été appliquée, et, en effet, nous possédons des formules postérieures de **rappels à succession** de petits-fils où l'on constate que légalement ils n'auraient pas dû succéder (3). En Allemagne, on rapporte que la question fut tranchée, en 942, devant Otton I, par le duel judiciaire ; le champion des neveux triompha (4). — A l'époque féodale, la représentation se combina avec le droit d'aînesse ; le petit-fils du fils aîné prédécédé jouit des mêmes privilèges que son père et écarta ses oncles de la succession au fief. Solution qui n'allait pas sans inconvénients, puisqu'elle aboutissait parfois à donner au seigneur un enfant pour vassal, puisqu'elle risquait de faire d'un mineur un chef d'Etat. Le droit n'était pas assez bien fixé pour qu'il ne s'élevât pas entre oncles et neveux des conflits comme celui qui

(1) Il n'y a pas de traces de ce système dans les lois barbares; mais il s'est appliqué parfois dans la succession au trône sous les Mérovingiens (enfants de Clodomir). Viollet, *Inst. pol.*, 1, 246; *Mém. s. la tanistry* (*Ac. Inscr.*, 32, 2, 275). Application au fief en Poitou, D'Espinay, *NRH*, 1896, 477. De la Ménardière, *Succession de frère à frère dans la TAC. de Poitou*. Chaisemartin, 398 : l'héritage ne sort pas du sein. Grim., 5 : enfant *in sinu avi*. Cf. Heusler, *loc. cit. ZSS., GA.* 1901, 372.

(2) Droit romain : Cod. Théod., 5, 1, 4. Cf. Nov. Just., 118. Papien, 10. *Burg.*, 14, 75, 78. *Wis.*, 4, 5, 4; 4, 2, 18 (Ant., 327). Grimoald, 5. *Liut.*, 3. *Sax.*, 46. — Quand les petits-fils ne concourent qu'entre eux, parce que les fils sont tous prédécédés, le partage par têtes, *in capita*, est une suite logique de la communauté de famille. On l'a pratiqué d'abord, semble-t-il. Cf. *Sal. Hérold* (59), 62, 6, et *MGH. LL.*, 4, 590. *Sax.*, 46. Stobbe, 5, 96. Heusler, 2, 583. Dès l'époque franque, le partage **par souches**, *in stirpes*, d'accord avec le système de l'affection présumée, se substitue au partage **par têtes**. *Rib.*, 48. Roz., 134. Chaisemartin, 410. Si le *de cujus* ne laisse que des neveux de plusieurs frères, ils succèdent de leur chef et partagent par tête, d'après Azon (*id.*, Diète de Spire, 1529) : ils viennent par représentation et partagent par souches, d'après Accurse (*id.*, C. civ., 742). Pasquier, *Inst.*, 487. Stobbe, 5, 114. Cf. Cod. civ., 787.

(3) Roz., *Form.*, 131 et suiv. Sirm., 22. Marc., 2, 10, etc. Thévenin, Table.

(4) *MGH. SS.*, 3, 440. On ne paraît pas avoir tenu grand compte de cette décision. *Sachsensp.*, 1, 5, 1. *Schwabensp.*, 8.

naquît entre Jean sans Terre et son neveu Arthur de Bretagne; la mort tragique de ce dernier ne fut qu'un dénouement provisoire de ce que l'on appela le *casus regis* ; les malheurs qui assaillirent Jean sans Terre parurent être un juste jugement de Dieu contre l'oncle usurpateur, et de fait, au quatorzième siècle, la représentation prévalut en Angleterre (1). En France, au treizième, au quatorzième siècle, il y a divergence entre les Coutumes, et au seizième siècle on a encore de la peine à l'admettre en ligne collatérale (2). — Le décret du 8-15 avril 1791 généralisa la représentation en ligne directe descendante, et le décret du 17 nivôse an II, art. 77, l'établit à l'infini en ligne collatérale conformément à un petit nombre de Coutumes. Le Code civil ne l'admet qu'en ligne directe et en faveur des descendants des frères et sœurs, à l'exemple de la Nov. 118 et de la Coutume de Paris.

6. — **Le lignage (ascendants et collatéraux)** (3). — A défaut de descendants, la succession semble avoir été dévolue anciennement au lignage du défunt par ordre de **parentèles** ou groupes de parents ayant chacun un auteur commun (ainsi ma parentèle comprend ma postérité tout entière, fils, petit-

(1) *TAC. Norm.*, 12. Marnier, p. 25. *Summa*, 23, 5. Glanv., 7, 3. Bracton, f. 267 *h*. Brunner, 43. Pollock et M., 2, 281. — Add. *NRH*, 1893, 5.

(2) Beaum. 14, 23. Desm., 238, 282. La représentation en ligne collatérale n'a été admise qu'en 1580 dans la C. de Paris, 319. Certaines Coutumes la rejetaient encore même en ligne directe. Ponthieu, 8. Boullenois, 75, etc. Loisel, 321. Représ. à l'infini en ligne collatérale, Anjou, 224. Auv., 12, 9. Cf. droit public Guyné, *Tr. de la représ.*, 1727, 1779. Champagne, *id.*, 1720. Mignot, *id.*, 1777 G(erhardi), *Orig. de la règle : Représentation a lieu à l'infini*, 1767. Ricard, *Tr. de la représ. et du rappel*, *Œuvres*, 1685, 1783. — Sur le rappel à succession, cf. Argou, I, 439; il peut être fait par acte quelconque; distinction entre le rappel dans les termes de droit (c'est-à-dire d'après le droit romain) et hors des termes de droit, ce dernier n'ayant que les effets d'un legs. Pasq., 512.

(3) Sur la supputation de la parenté, cf. ci-dessus, p 47, t. II. Heusler, 2, 586. Stobbe, 5, 62, et les auteurs cités. On trouvera surtout des détails abondants dans Ficker, I, 277-475 (il distingue dans le droit germanique quatre sortes de calculs : 1° par groupes de frères; 2° par groupes de cousins; 3° par degrés; 4° en tenant compte de la ligne qui contient le plus de degrés); cf. 2, 22; 42, 68. — *Stemmata* ou *arbores cognationum* dressés d'après le droit romain, notamment Paul, 4, 10, dans la *L. Rom. Wis.* Girard, *Textes*, p. 427 et suiv. La *Lectura* de Joh. Andreae *super arboribus consanguinitatis* fut très répandue. — En droit germanique, la parenté est figurée autrement; on se la représente sous la forme du corps humain; chaque membre ou chaque articulation constitue un degré. *Genu. geniculum. Sal.*, 59. *Rib.*, 56. — *Add. Jost.*, p. 228.

fils, etc.) (1). A défaut de descendants du *de cujus*, la parentèle de son père, c'est-à-dire les parents issus de celui-ci, était appelée à succéder. Quand cette parentèle était épuisée, on passait à la parentèle du grand-père et ainsi de suite. Ce système, avec application stricte du principe agnatique, a laissé des traces dans les Coutumes du moyen âge ; mais il a été remplacé d'une manière générale par des systèmes moins logiques qui tendent à se rapprocher des règles romaines. D'après celles-ci, les ascendants succédaient en concours avec les frères et sœurs (ou neveux germains) du *de cujus* (Nov. 118 de Justinien) ; à défaut, la succession était dévolue aux collatéraux les plus proches, sans que l'on distinguât selon la nature et l'origine des biens : propres et acquêts, meubles et immeubles étaient traités de même et ne formaient qu'une seule masse. Cette classification des parents basée sur l'affection présumée du *de cujus*, était reçue dans les pays de droit écrit ; seule, la Coutume de Toulouse s'en écartait, parce qu'en cette matière, comme à propos du *privilège du double lien*, le droit antérieur aux réformes de Justinien, c'est-à-dire le droit Théodosien, y était resté en

(1) Le système des parentèles, considéré par Mayer et Eichhorn, au commencement du dix-neuvième siècle, comme la base du droit successoral allemand, écarté dans la suite par Siegel et Wasserschleben, compte de nombreux partisans depuis les travaux de Brunner, Gierke et Heusler; cependant v. Amira et Ficker se refusent encore aujourd'hui à l'admettre. Si on le rejette, le régime successoral germanique n'est que confusion : on n'y découvre aucun principe directeur. Son existence paraît établie en particulier chez les Lombards, les Anglo-Normands, les Frisons. *Roth.*, 153. Cf. *Liut.*, 17. Thévenin, *Textes*, n° 55. Glanv., 7, 3. Bracton, f. 68b. Fleta, 6, 2. Britton, 6, 3, 4. *Summa Norm.*, 23. *TAC. Bret.*, 220; *AC*, 506; *NC*, 594. Brunner, *Erbf.*, 15; *Sippe u. Verg., pass.* Ci-dessus, p. 47, t. II. D'ailleurs, le terme *parentela* a plutôt dans les lois barbares le sens vague de notre mot *parenté*. Heusler, 2, 594. Huber, 4, 548. Ficker, 2, 55, 304, 387, 616. Homeyer, *Parentelenordn.*, 1860. Stobbe, 5, 62. Kohler, *ZVR*, 7, 201 (Inde). Le fait même de la supputation de la parenté non par degrés, mais par lignes, témoigne en faveur du système des parentèles, car il eût été bizarre de ne pas l'appliquer dans une circonstance aussi importante que la dévolution d'une succession. Cf. L. 17 niv. an II (ordres d'héritiers rappelant les parentèles. Dareste, p. 240. Kohler, *Abh.*, 341. Schrœder, 327 (bibl.). Critique de Ficker dans Dultzig, 56. Ce système a persisté dans les successions des nobles en Allemagne. *Sachsensp.*, 1, 3. 3. Dans aucun texte il n'est formulé *ex professo* ; on se borne à des applications. Sur son abandon, cf. Heusler, 2, 608. — Add. Dareste, *N. Et.*, p. 92 (Grèce). Post, 2, 190. Lardy, *Législ. civiles des cantons suisses*, 1877, donne des tables de computation de la parenté d'après les systèmes germaniques (parentèles, etc.). Stintzing, *Gesch. d. popul. Lit.*, I, 151 (sur les *arbores*).

vigueur : les parents paternels y excluaient les parents maternels. Quant aux pays de Coutumes, on y suivait les règles du droit écrit, au moins pour la **succession aux meubles et aux acquêts** (1).

7. — La **succession aux propres** (2), dans les pays de Coutumes, se résume, d'après le droit définitif, dans la **fente** ou division des propres en deux parts, l'une venant du père ou de la famille paternelle, l'autre venant de la mère ou de la famille maternelle : chaque masse retourne d'où elle vient : *paterna paternis, materna maternis* (3). Le droit plus ancien partait de l'idée que dans la succession ne se trouvaient que des propres paternels ; la mère du *de cujus*, étant exclue de l'hérédité paternelle, ne lui avait rien apporté, ce qui fait que la ligne maternelle, les parents par la quenouille ou le fuseau (*Spillmagen, Kunkelmagen*), n'avaient rien à prétendre sur les biens héréditaires ; les parents par l'épée ou par la lance (*Swertmagen, Speermagen*), étaient seuls appelés à les recueillir (4). En recon-

(1) Glasson, 7, 427. — Cf. not. Beaum., 12, 14, 18. *Jost.*, p. 235, 252. *Const. Chât.*, 19. *Cout. not.*, 91. Desm., 93. *Summa Norm.*, 23 et suiv. *TAC. Bret.*, 220. — Sur les acquêts, cf. Ficker, 2, n° 570. — Jarriand, *op. cit.* Escarra, *Succ. aux biens réels dans les Cout. anglo-norm.*, 1903 (Thèse).

(2) Sur les propres, cf. ci-dessus, p. 206 et 378, t. II. Voir not. les Tr. des *propres* de Renusson, 1700; de Pothier, 1777. — Dufourmantelle, Thèse, 1882. Viollet, 845. Glasson, 7, 471. Schrœder, 733. ZSS, 1901, 109 (Norw.). Ficker, 2, 404; 3, 469. — Formation de la théorie des propres, cf. variantes, *ibid.*, 5, 164, 244, 292. Tendance ancienne à l'uniformité du régime des propres en matière de succession, de retrait, de communauté. Au dix-septième siècle, il n'en était plus ainsi depuis longtemps, comme le constate Lebrun et comme il devait arriver dans la désagrégation progressive des droits de la famille. — Sur les *Stammgüter* ou biens de famille de la noblesse allemande qui se transmettent par les mâles, cf. Verdelot, Thèse, p. 90. — ZSS, 1881, GA, 1898.

(3) *Cart. de Redon.* a. 871. Stat. de Burchard de Worms, 1. *L. Feud.*, 2, 11; 4, 59. Ass. de Jér., *C. des B.*, 58 *Cout. not.*, 12. *AC. Picardie*, 156. Bout., I, 76. *Ord.*, 5, 156. D'Espinay, *Cartul. angevins*, p. 245. — Midi : Béarn, 1551, r. testaments. Lavedan, 6. Jarriand, *NRH*, 1890, 240; *Rghist.*, 1890, 214 (succession d'impubères, Quercy, Conflent). — Pollock et M., 2, 297. — Schrœder, 735 (bibl.). Stobbe, 5, 105. Heusler, 2, 527 Ficker, 2, 404; 3, n° 705, 745 (égalité des deux lignes à l'origine; extension de cette règle des acquêts aux propres, n°s 570, 586). Fente, refente et nouvelle refente, de façon à diviser la masse en huit parts dans certaines Coutumes. — Le *Schwabensp.*, 148, cite la Bible. Nombres, XXVII, 8. — Montpellier, 58.

(4) Heusler, 2, 606. Particularités du droit allemand au sujet des *Vatermagen* et *Muttermagen*, de la distinction établie anciennement entre ces classes de parents et les *Schwert* et *Spillmagen*, etc. *Sachsensp.*, I, 71, 1. *Schwabensp.*, 148 (128), 275 (225). Tantôt les agnats mâles excluent les fem-

naissant aux femmes des droits successoraux importants, on fut amené à permettre à la ligne maternelle de prendre dans la succession les biens qui venaient de la mère ; en faire bénéficier les parents paternels eût été sacrifier une famille à l'autre. Ainsi s'établit, dans le droit nouveau, la répartition entre les deux lignes, mais non sans des hésitations et des compromis (1). L'**Edit des Mères**, 1567, abrogé en 1729, tenta un moment, mais sans succès sauf en Provence, d'introduire dans les pays de droit écrit cette règle si contraire à la législation romaine (2).

8. — **Ascendants** (3). Règle : **Propres ne remontent** (4). — Cette règle a été entendue en deux sens. — A° Anciennement elle signifiait que les ascendants ne succédaient point à leurs descendants ; ils étaient exclus par les collatéraux et même par le fisc (5). Cette bizarrerie du droit coutumier s'explique-t-elle

mes, tantôt la ligne paternelle exclut la ligne maternelle, etc. Ficker, 3, 518, 590, 4, 1 ; 5, *ZSS.*, 1883, *GA*, 1. Stobbe, 5, 106. Pertile, 4, 71, 76. Sur la succession des *Muttermagen*, cf. Brunner, *Berlin, Akad.*, 1894, 2, p. 1293. Adam, *Thronfolgerecht der Kognaten*, 1897. Ci-contre, Toulouse, 124. Quelquefois les parents maternels n'ont qu'un tiers. Le père exclut quelquefois la mère. Chaisemartin, p. 390. Giraud, *Essai*, I, 112.

(1) Exclusion des filles en ligne collatérale (à égalité de degré). J. d'Ibelin, 175. *Jost.*, 12, 6, 28. *Cout. not.*, 71. *Const. Chât.*. 68. *Gr. C.*, 2, 25 (p. 279). Loisel, 634 et suiv. Paris, *AC*, 16; *NC*, 25. Pothier, t. 8, p. 100 (éd. Bug.). — Forclusion des descendants (mâles ou non) des femmes. Loisel, *ibid.* Tour., 284. Auv., 12, 25. Beaum., 14, 28. Cf. ci-contre, aînesse. Représentation.

(2) Mellier, *Sommaire explicatif de l'édit du roi par lequel il ordonne que dorénavant les mères ne succéderont à leurs enfants ès biens provenus du côte paternel, mais seulement ès meubles et conquêts provenus d'ailleurs*, 1575. Bouhier, *Tr. de la succ. des mères*, 1726. Argou, 2, 22. Viollet, 847.

(3) Sur les droits des ascendants, cf. surtout Ficker, 2, 399; 3, n°s 702, 740, 9172; 5, Britz, 678. — Textes des Cout. dans Guénois, 2, 15. — Pertile, 4, 69.

(4) Tacite, *Germ.*, 20. *Burg.*, 14, 53, 78. *Thur.*, 6. Au contraire, la L. Sal., 59, appelle à la succession les père et mère. Id. *Rib.*, 58. *Wis.*, 4. *Alam.*, 92. *Roth.*, 170. *Fris.*, 9. Greg. Tur., 9, 33. Chartes, par exemple Saint-Omer, *Ord.*, IV, 251. *Lib. pract. Rem.*, 39. *L. Henr. I*, 70. Glanv., 7, 1, 10. Chaisemartin, 401. Ficker, 2, 457 (détails et système particulier); 3, 364, 607. Stobbe, 5, 107. Pertile, 4, 71 (mère). Exclusion Chine, Grèce, Slaves. Dareste, *N. Et.*, 298, 90.

(5) *Cout. not.*, 185, 90, 194. *Gr. C.*, p. 369. Paris, 312. Loisel, 322. Ass. de Jér., *C. des B.*, Abrégé, 58. Glose s. *Roth.*, 153. Le propre est, par définition, le bien que le *de cujus* tient de ses ascendants par voie de succession sion ou de donation. Si c'est un bien donné, le retour le restitue à l'ascendant. Si c'est un bien provenu de sa succession, l'ascendant est dédé et ne peut le réclamer. La règle *Propres ne remontent* semble, à première

par l'influence de la règle : **Fiefs ne remontent** (1), ce qui se comprendrait, puisqu'à un moment donné la plupart des terres étaient des fiefs et des censives (2) ? Faut-il y voir plutôt une formule antérieure au régime féodal et constatant que la succession des ascendants était matériellement impossible, car de deux choses l'une, ou les descendants n'avaient pas quitté la maison paternelle, et en ce cas ils ne possédaient rien en propre, ou bien ils étaient sortis de la maison paternelle, et alors les liens qui les unissaient à leurs descendants étaient rompus? Mais dans cette dernière hypothèse on ne voit pas trop pourquoi ces liens persisteraient entre eux et les collatéraux. — Quelle

vue, inapplicable. Mais ce n'est là qu'une apparence. Il y a des hypothèses, exceptionnelles il est vrai, où elle est susceptible de s'appliquer. N. meurt, laissant un propre qui lui vient de son père prédécédé et qui était un acquêt pour celui-ci; le grand-père paternel de N. peut-il succéder à ce propre de préférence aux collatéraux? Ou encore mon père peut-il recueillir dans ma succession les propres venant de mon oncle paternel à la succession duquel il avait renoncé, etc. Masuer, 32, 8. Pasquier, *Inst.*, 499. — Propres naissants, anciens, p. 1189.

(1) Cf. Le Fief, t. I. *L. Feud.*, 1, 14; 2, 11; 2, 50. J. d'Ibelin, 185. Blackstone, 2, 14. Glasson, 7, 462. Le fief ne devait passer qu'à la postérité du concessionnaire, dans la pensée du concédant; les ascendants du premier vassal en étaient donc exclus. S'il s'agissait d'un fief constitué anciennement, l'ascendant du vassal actuel appartenait à la postérité du premier vassal, mais le fief lui avait échappé pour aller à son descendant, il ne pouvait le reprendre. Même raisonnement pour les censives. — Italie : droit des ascendants aux alleux, mais exclusion de la mère (et des frères utérins). Glose s. *Roth.*, 153. Textes dans Pertile, 4, 70. ZSS, 1901, *GA*, 374 (Kier, etc.).

(2) Brunner, *Erbf.*, 22, a proposé de cette règle une explication tirée d'un passage de Glanville, 7, 1, 10 : *nemo ejusdem tenementi simul potest esse haeres et dominus.* Le vassal qui veut disposer de son fief au profit de son fils, n'est libre de le faire de son vivant que par voie de sous-inféodation; il le lui concède donc à titre d'arrière-fief passe aux hoirs du corps ou aux collatéraux; ce n'est qu'à défaut d'héritiers qu'il revient au concédant. *Etabl. de Norm.*, éd. Marnier, 25. Assise du comte Geffroi, 1187. En Normandie, au commencement du treizième siècle, cette théorie n'excluait pas le droit de succession des ascendants. En Angleterre, à la suite du statut *Quia Emptores* (18, Ed. I^er^), il fut possible au vassal de céder une part de son fief sans le sous-inféoder, et dès lors l'obstacle qui existait au droit de succession des ascendants, à savoir que *nul ne pouvait être à la fois héritier et seigneur du même tènement*, disparut. Britton, 2, 310, 163 (d'après lui, l'héritage, chose pesante, aucune fois descend, aucune fois remonte). Cf. Pollock et M., 2, 284 (moyen d'atténuer les conséquences du droit d'aînesse). A supposer que la règle *nul ne peut être*, etc., ait influé sur le droit anglo-normand, elle ne saurait expliquer dans les autres législations le principe : *fiefs ne remontent*, et à plus forte raison le principe analogue : *propres ne remontent.*

qu'en soit l'origine, cette règle était trop contraire à l'esprit du droit nouveau pour se maintenir longtemps ; on l'abandonna, et, à l'exception des frères et sœurs, les ascendants furent préférés à tous les collatéraux (1). Dans le passé, le retour légal avait aidé à la supporter. — B° A ce moment, la règle *Propres ne remontent* aurait dû disparaître. On la conserva en lui donnant une signification nouvelle : elle voulut dire que le propre paternel ne passait pas aux parents maternels et réciproquement, à moins qu'il ne restât plus personne de la ligne à laquelle le propre était affecté ; en ce cas, il y avait *dévolution* d'une ligne à l'autre. Entendue ainsi, elle faisait double emploi avec l'axiome *paterna paternis, materna maternis* (2). — C° Le **retour légal** (3) au profit de l'ascendant donateur ne se rattache pas, comme on l'a cru, aux dispositions des lois romaines sur la restitution au *paterfamilias* de la dot profectice (4), en cas de dissolution du mariage par le prédécès de la femme. Il ne peut pas plus venir du droit préjustinien que du droit Justinien ; en effet, la restitution de la dot profectrice avait cessé d'être en usage au moment des invasions (5) : ce n'est donc pas à la législation théodosienne qu'on pouvait l'emprunter ; Justinien donna à cette institution une sorte de vie factice, mais comme l'in-

(1) La règle *Tant que la tige a souche, elle ne se fourche*, Loisel, 334, exprime la préférence des ascendants sur les collatéraux. Paris, 325. — Cf. Chaisemartin, 399 (*Schoossfall*). *Sachsensp.*, 1, 17.

(2) Beaum., 14, 22, 23, 24 : le propre venu du père passe à l'aïeul paternel, quoique celui-ci soit exclu par les frères et sœurs du *de cujus* pour les meubles et les acquets (ils sont un point plus près). *Secùs, Gr. C.*, p. 369. Desm., 293. Cf. *Parl. aux Bourg.*, p. 119. Sur ces textes antinomiques, cf. Ficker, 3, 580. Laur. s. Loisel, 334 : s. Paris, 312. Succession en usufruit des ascendants dans certaines Coutumes, Argou, 2, 22. Cf. Cod. civ., 754. Pothier, 2, 1.

(3) Coin-Delisle, *R. crit*, 1857, 211. Marquis, Thèse, 1885. Glasson, 7, 504 ; *NRH.* 1892, 736. Brunner*, *Forsch.*, 676. Schrœder, 281. Pollock et M., 2, 22.

(4) Dig., 23, 3, 6 (Pomponius). Cod. Just., 6, 61, 1 et 2. Mitteis, *Reichsrecht*, 251 Cod. Théod., 3, 5, 9 (*cadeaux de noces* restitués à tout donateur). Nov. 25 de Léon le Philosophe (IX° s.).

(5) Sans avoir été abrogé, l'ancien droit ne s'appliquait plus. C'est ce qui résulte des textes insérés au Papien et au Brév. d'Alaric. Nov. Théod., II, 14, 1, 3. Nov. Valent., III, 34, 8, 9, 10. Nov. Major., 6, 6, 7. Papien, 26, 10. Ed. Théod., 54. Mitteis, *op. cit.*, 248. — Cod. Euric., 321. *L. Wis.*, 4, 2, 13. — Cf. Cod. Just., 3, 38, 12 (qui ne vise pas un droit de retour à la mère) ; 5, 13, 1, 13. Nov., 22, 23. Petrus, I, 3 : pas de retour légal ; gain de la dot par le mari survivant, à moins de convention contraire. Toulouse, 88, 113 et suiv.

fluence du droit Justinien ne se fit sentir qu'assez tard en France, et que le retour y est pratiqué antérieurement à cette époque, on ne l'a pas emprunté davantage à la législation justinienne (1). En réalité, il n'est qu'une survivance de l'ancien droit germanique, d'après lequel la donation fut d'abord dans la pensée de son auteur un acte conditionnel, une libéralité qui ne s'adressait qu'au gratifié lui-même et tout au plus à ses enfants ou à ses descendants ; à défaut de postérité, le bien donné faisait retour au donateur (2). Cette conception, abandonnée pour les donations ordinaires, subsista pour les donations faites par les ascendants à leurs descendants, sans doute parce que l'on trouvait là une occasion de conserver les biens dans les familles (3).

(1) Retour dans les lois barbares (*Sax.*, 42. *Alam.*, 54, 2. Heusler, 2, 318, 326. *Wis.*, 3, 1, 5; 4, 5, 3; 5, 2, 4. Cf. *Bai.*, 15, 8; *Burg.*, 62, 2), plus tard dans le *Schwabensp.*, 15; dans le droit scandinave, Amira, *NO*, I, 529; II, 655 ; en Flandre et en Frise. En droit anglo-normand, le retour est admis anciennement (Glanv., 7, 18, 3; Delisle, *Jug. de l'Echiq.*, n° 537), à moins que le bien n'ait été concédé en fief par le donateur au donataire, car nul ne peut être héritier et seigneur d'un même tènement; ceci explique peut-être pourquoi il a disparu du droit anglais (Glanv., 7, 1, 9); la *Summa Norm.*, 119, le rejette aussi. Droit sicilien, Catane, 14; Messine, 12, retour d'origine normande. Brünneck, 35. Dans les sources françaises, le retour est fréquent au douzième, treizième siècle, rare au quatorzième et au quinzième, par suite de l'influence de la règle *Propres ne remontent* ou parce que l'ancienne conception de la donation est abandonnée; général dans la deuxième moitié du seizième siècle, à raison de l'action des lois romaines, et parce que la règle *Propres ne remontent* avait changé de sens. Dans la C. de Paris, il disparaît entre les *Const. Châl.*, 18, et la NC de 1580, 313. *Cout. not.*, 185. Desm., 293. *Gr. C.*, p. 369. *NRH*, 1891, 188. Chartes municipales, Laon, etc. *Ord.*, XI, 186, 233, 236, etc. P. de Font., 15, 14. *Jost.*, 253. Reims, 1520, 6; *AC. Champ.*, 10, Vitry, 26. Amiens, *TAC*, 63, 70, 82. Marnier, *Picard*, 15. Guynes, éd. Taillliar, p. 213. *L. d. droiz*, 857. Sur *Olim*, I, 715, cf. Glasson, 7, 506; Brunner, p. 699 (le texte vise de la façon la plus formelle le droit de retour sous forme de succession à titre particulier, et on cherche à l'écarter en partant de la règle *Propres ne remontent*). C'est donc à tort, croyons-nous, que M. Glasson nie l'existence du droit de retour à l'époque féodale soit en pays de droit écrit, soit en pays de coutumes. *Schwab.*, 1, 16.

(2) Ci-après, Donations.

(3) Controverse célèbre entre les Glossateurs pour savoir si la dot devait être restituée même au cas où il y avait des enfants. Bulgarus, d'accord avec les textes, l'affirmait; Martinus, d'esprit plus pratique, le niait. La femme de Bulgarus étant morte sans laisser d'enfants, le beau-père du jurisconsulte consulta Martinus : Si j'étais à la place de Bulgarus, dit celui-ci, je ne vous restituerais pas la dot; mais pour lui, sous peine de se déjuger, il doit vous la rendre. Martinus pensait avoir trouvé une belle occasion de confondre son rival. Il n'en fut rien. Bulgarus restitua la dot

— Dans les **pays de droit écrit**, le retour s'effectua plus pleinement ; on y vit l'effet d'une condition résolutoire tacite (1) et par conséquent les biens revinrent au disposant libres de toutes charges (2). Les **pays de Coutumes** donnèrent à l'ascendant des droits moindres, peut-être parce que, ce qu'il perdait du côté du retour, il le retrouvait du côté du retrait et de la réserve. On y considéra le retour comme l'exercice d'un véritable droit de succession *ab intestat* (3) ; le donateur ne reprenait les biens donnés que s'ils les retrouvait dans le patrimoine du donataire et dans l'état où ils les retrouvait ; les aliénations, les constitutions d'hypothèques et de servitudes lui étaient opposables, comme elles le sont à tout héritier ; comme tout héritier, il contribuait au payement des dettes ; son droit ne portait que sur les immeubles propres, et, pour l'exercer, il fallait accepter la succession ; à plus forte raison être appelé à la recueillir (ce qui excluait les parents de l'enfant naturel) (4). — Aboli par la loi

sans hésiter, au grand désappointement de Martinus. L'opinion de ce dernier prévalut néanmoins en pratique, car le désintéressement de Bulgarus trouva peu d'imitateurs, et il faut bien convenir que la destination de la dot est de subvenir à l'entretien des enfants. Cf. Edit 1456 pour la Provence.

(1) Le retour de l'ancien droit avait lieu *ipso jure* au Midi comme au Nord ; à Rome, le *pater* n'avait qu'une action en restitution de la dot *profectice*. Le retour appartenait non seulement à l'ascendant paternel, mais à l'ascendant maternel, et parfois à tout parent ; il s'appliquait à toute donation et non pas seulement à la dot. Si le donataire avait des enfants, le retour n'avait pas lieu ; il en était autrement pour la dot profectice. On voit combien le retour différait de l'institution romaine qui lui aurait servi de prototype. La jurisprudence voyait dans ces différences d'heureuses innovations, et invoquait la raison peu sérieuse donnée par Pomponius, Dig., 23, 3, 6, pour justifier la règle romaine : *ne et filiae amissae et pecuniae damnum sentiret*. Beaum, la reproduit : on est plutôt consolé d'une perte que de deux, dit-il, et il faut encourager les libéralités au profit des enfants ; il constate qu'il y avait controverse sur l'existence du retour (14, 23). Cf. Ficker, 3, 580. Argou, 2, 22.

(2) Sauf de l'hypothèque de la dot de la femme du donataire. C. civ., 951.

(3) Peut-être le retour à la souche des biens propres dans la succession collatérale fut-elle l'analogie décisive qui guida les jurisconsultes coutumiers. Peut-être dût-on faire du retour un mode de succession pour éviter les difficultés qu'aurait entraînées le retransfert de propriété opéré par le donataire suivant les procédés compliqués de la dessaisine-saisine ; il est clair que ces procédés s'opposaient à ce que la résolution du droit du donataire eût lieu *ipso jure*. En pays de droit écrit, la question du transfert de propriété était plus simple.

(4) Loisel, 333 (bibl.). Ferrière, Guyot, etc, *h. v°*. Pothier, *Don.*, 3, 4 ; *Succ.*, 2, 3.

du 17 niv. de l'an II, le retour a été admis de nouveau par le Code civil, art. 747, sous sa forme coutumière, c'est-à-dire à titre de succession anomale (1).

9. — **Collatéraux** (2). — Le régime des successions déférées aux collatéraux peu se résumer, pour les pays de droit écrit, dans le principe suivant : le parent le plus proche du *de cujus* est préféré au plus éloigné, sauf application du privilège du double lien et de la représentation. Mêmes règles en pays de Coutumes pour les meubles et les acquêts, mais elles ne s'appliquaient point exactement aux propres, ainsi qu'on va le voir. — A° **Proximité du degré** (3). Cette règle se heurtait à tant d'obstacles qu'elle passait presque à l'état d'exception (4). — a° *Paterna paternis, materna maternis* (5). Par application de cette maxime, les propres paternels passent au collatéral le plus éloigné de la ligne paternelle de préférence au plus proche des collatéraux ou des ascendants de la ligne maternelle et réciproquement. Un collatéral ne saurait donc l'emporter sur un autre parce qu'il est d'un degré plus proche, sauf s'ils sont tous deux de la même ligne (6). — b° En général, la **recherche**

(1) Cf. C. civ., art. 747, 766, 351, 352. — Retour conventionnel, *ibid.*, 951, 952.

(2) Si les collatéraux ont toujours été exclus par les descendants de la succession ordinaire, il n'en a pas été de même pour le droit au *wergeld* : une part leur en était réservée, parce qu'ils aidaient à tirer vengance du meurtre de leur parent. Ci-dessus, p 413, t. II. Brunner, *ZSS*, 1882, *GA*, 1, et *DRG*, II, 136. Britz, p. 670 : à Tournay, la *réparation honorable* pour homicide revient en totalité au fils aîné, tandis que la *réparation profitable* (pécuniaire) se répartit également entre enfant. — A l'inverse, la succession des collatéraux n'était pas organisée chez les Francs, au moins pour la terre, avant l'Edit de Chilpéric; la terre était redistribuée entre les *vicini*, conformément au système de propriété collectif qui avait subsisté là où les Francs se trouvaient groupés par *vici* (Ci-dessus, p. 592, t. II Heusler, 2, 575. Schrœder, 320), système destiné à disparaître rapidement au contact des Romains. Dareste, *N. Et.*, p. 304, 324, 90, 343. Post, 2, 179, 196. Marçais, *Par. succ. en dr. mus.*, 1899. *R. de lég.*, 3, 54. — Cf. succ. au trône. Ass. de J., 2, 395, éd. B.

(3) Le calcul des degrés de parenté se faisait dans certaines Coutumes d'après les lois romaines, dans d'autres d'après le droit canon; mais le mode romain finit par prévaloir à peu près partout. — Ass. de Jésus., *C. d. B.*, 53 et suiv.

(4) Priv. de masculinité, ci-contre. Ficker, 2, 257 (un tiers aux femmes).

(5) En Frise, en Suisse, à Hambourg, partage par moitié de tous les biens entre les deux lignes, comme d'après le C. civ., 733. Britz, 681, 686.

(6) **Concours entre ascendants et frères et sœurs.** A° *Pays de droit écrit.* Les frères et sœurs germains concourent avec les ascendants. — B° *Pays de Coutumes.* Les Coutumes sont divisées. En général, les frè-

de l'origine des biens s'impose et empêche de tenir compte de la proximité de degré. A cet égard, les Coutumes varient beaucoup ; on y distingue d'habitude trois systèmes principaux. — 1° Dans les **Coutumes souchères** (Tours, Mantes, Reims, etc.) (1), le propre est attribué aux descendants du premier acquéreur ; il revient à la *souche* d'où il a été détaché (2). Autant de successions que de propres ayant une origine distincte et recherches très compliquées sur la généalogie de chacun d'eux, tels étaient les vices de ce système, le plus fidèle à l'idée de conservation des biens dans la famille. — 2° Dans les **Coutumes de côté et ligne** (Paris, Meaux, et le plus grand nombre d'autres), le propre va aux parents quelconques du premier acquéreur, descendants d'abord, et, à défaut, collatéraux ; si le premier acquéreur n'a pas laissé de descendants, le propre passe à la famille de son frère, de son oncle, au patrimoine de laquelle il n'avait pourtant jamais appartenu. Ce système, un peu plus simple que le précédent, était encore fort compliqué. — 3° Les **Coutumes de simple côté** (Chartres, etc.) adjugeaient au plus proche parent paternel du *de cujus* tous les propres paternels, et au plus proche parent maternel tous les propres maternels. On supprimait ainsi les difficultés d'application, mais au risque de dépouiller une famille au profit de l'autre ; ainsi dans la

res et sœurs sont exclus par les ascendants de la succession aux meubles et acquêts et les excluent de la succession aux propres. Argou, 2, 22. Ci-contre, p. 560, t. II. Stobbe, V, 108 (Cout. où la mère est exclue par le père et même par les frères et sœurs) (frères et sœurs d'enfants émancipés excluant le père et la mère) (frères et sœurs vivant en communauté ; à la mort de l'un, sa succession reste à la communauté), etc. Heusler, 2, 185 (cf. 608) : si les liens du sang l'emportent, les père et mère sont préférés ; au contraire, l'intérêt de la maison peut donner la supériorité aux frères et sœurs. *Sal.*, 59. *Rib.*, 56. *Alam.*, 95. *Fris.*, 19. *Sachsp.*, I, 17 (préférence des père et mère). *Burg.*, 51, 2 ; 78, 1 (préférence des frères dans la succession du frère qui s'est partagé avec son père les biens de famille). Pertile, 4, 70. Lehr, *Dr. scandin.*, 382 ; *Dr. russe*, I, 414. Britz, 678. L. de niv. an II, 72. C. civ. 748. — Ass. de Jérus., II, 284, éd. B. *Siete Part.*, 7, 13, 4.

(1) Chaisemartin, 404 : *Le bien doit aller d'où il est venu. Jus recadentiae, revolutionis, Rückfallsrecht.* On reconstitue ainsi la communauté de famille. Blackstone, 2, 14. Ficker, 3, 463. Lecoq, *Qu.*, 87. Laur. s. 329, Paris. Britz, 682.

(2) Souche, tronc, estoc, branchage, ramage, autant d'expressions tirées de l'usage des arbres généalogiques. Le *lignage*, *lignée*, est une série de parents. Côté et ligne s'étend du côté paternel ou maternel et, dans l'un de ces côtés, de la ligne à laquelle appartient le premier acquéreur. Ficker, 2, 188 ; 3.

paternelle se trouvent les parents du grand-père et de la grand'mère; le propre venant du grand-père peut passer aux parents de la grand'mère, s'ils sont plus proches de *de cujus* (1). — B° **Privilège du double lien** (2). Cette prérogative romaine basée sur l'idée d'affection présumée, donnait aux frères et sœurs germains la succession tout entière de préférence aux demi-frères, c'est-à-dire aux consanguins ou aux utérins. Certaines Coutumes l'appliquaient aux successions aux meubles et acquêts et on l'étendait même parfois aux collatéraux autres que les frères et sœurs (3). Quant aux propres, le privilège du double lien ne pouvait se concevoir; mais les frères ou parents germains prenaient part dans les deux lignes, puisqu'ils appartenaient aux deux; les consanguins ou les utérins, dans une seule ligne, celle à laquelle ils appartenaient. — C° La **représentation** en ligne collatérale était rejetée par certaines Coutumes, admise dans d'autres, et alors tantôt à l'infini, tantôt aux termes de droit, c'est-à-dire pour les neveux et nièces, d'après le droit romain, *tant plus les Coutumes tiraient au nord*, dit Lebrun, 3, 5, 2, 3, *tant plus elles étaient contraires au droit de représensation*. — D° **Dévolution**. Les collatéraux succèdent à l'infini, en quelque degré que ce soit, dans le dernier état du droit coutumier et même d'après la loi du 17 nivôse an II (4). Mais anciennement la parenté était limitée dans ses effets successoraux (5); les lois barbares et certaines Coutumes, s'at-

(1) Argou, *loc. cit.*, Britz, 681 (Anvers, Ostende, etc.).

(2) Guyne, *De la représ. et du double lien*, 1779. Mignot, *id.*, 1777. Serres, *Ins.*, p. 297. — L. 17 niv. an II, art. 89 (suppression). C. civ., 733. Britz, 684.

(3) Les Coutumes sont très partagées; les unes ne l'admettent pas, Paris (*id.*, C. civ., 733), Melun, Sens; d'autres n'en font jouir que les frères et sœurs, Saint-Quentin, Dreux, et les neveux aussi, Orléans; il en est qui l'appliquent à l'infini, Blois, Montargis. Loisel, 335. Pasquier, *Inst.*, 495. Argou, 2, 23. Britz, 684. — Mêmes hésitations dans les pays étrangers. Brunner, *Erbfolg.*, 28. Pollock et M., 2, 300 (bibl.). La *common law* anglaise exclut d'une façon absolue les parents de demi-sang, même de la succession aux propres; mais du temps de Bracton, f. 65, on discutait. Blackstone, 2, 14. Chaisemartin, 403. *Sachsensp.*, 1, 3; 2, 20. *Schwab.*, 3. Stobbe, 5, 116. Heusler, 2, 612. Ficker, 3, 444, 213. Lattes, *Dir. cons. lomb.*, p. 262. — *Add.* Loisel, 335. *TAC. Bret.*, p. 479.

(4) Berry, 19, 1. L. 17 niv. an II, art. 75.

(5) La limitation de la parenté s'accorde mal avec la solidarité familiale; mais à l'origine, il se peut qu'il n'y eût pas de succession en dehors du cercle des *sui*, ce qui donne trois degrés (fils, frères, neveux). Les autres restrictions sont tirées du droit romain. *Thur.*, 34. *Rib.*, 56, 3, etc. (5e degré). *Sal.*, 44, 9 (6e). *Wis.*, 4, 1, 7; 4, 2, 11. *Bai.*, 15, 10. *Roth.*, 153. *Schwabensp.*,

tachant aux modes de supputation romain ou germanique, refusent le droit de succéder au delà du 5e, 6e, 7e, voire même 10e degré. Parfois même les clauses des concessions féodales ou des affranchissements de serfs restreignaient davantage le droit de succéder. Le Code civil, art. 755, déclare qu'au delà du douzième degré les parents ne succèdent pas. C'est une solution transactionnelle entre le système de l'affection présumée et celui des droits de la parenté. — A défaut de parents dans une ligne, les propres qui lui seraient revenus appartinrent d'abord au seigneur (1); ce n'est guère qu'au seizième siècle qu'on admit la dévolution d'une ligne à l'autre ou plutôt l'attribution des propres à l'héritier des meubles et acquêts (2). *Où ramage défaut, lignage succède,* Loisel. 342. *Fiscus post omnes etiam in centesimo gradu.*

10. — Le **conjoint survivant** (3). — A° *Pays de droit écrit* (4). A défaut de parents légitimes, le conjoint survivant succède au prédécédé; en présence de parents, il n'a droit qu'à la **Quarte pauvre**, conformément à l'Auth. *Praeterea* : le survivant pauvre prend le quart de la succession du prédécédé riche, s'il y a trois enfants ou moins; une portion virile, s'il y en a davantage; cette quarte est en usufruit, s'il y a des enfants, en propriété au cas contraire. Au dix-huitième siècle, la jurisprudence restreignit le droit du survivant à une simple pension viagère,

14. Gratien, c. 2, C. 35, q. 5. (7e). *Sachsensp.*, 1, 33. Beaum., 14, 3 (4e; ci-dessus, p. 46, t. II). Le 10e degré n'est que le 5e degré canonique compté à la romaine. Inst. Just., 3, 5, *in fine*. Glanv., 7, 1. Bracton, f° 67, 372 *b*. La limitation de la parenté s'accorde avec l'usage de la représenter au moyen du corps humain et non avec l'emploi des arbres généalogiques. Chaisemartin, 387. Brunner, 44, 37. Heusler, 2, 591. Schrœder, 319. Stobbe, § 287. Pollock et M., 2, 305. Ficker, I, 475. Valroger, *Celtes*, p. 468 (arrière-cousins). Dareste, *Et.*, 329.

(1) Desm., 184. *Cout. not.*, 92. Lecoq, q. 87. Bout., 1, 78. Masuer, 33. Parfois même règle pour la succession aux meubles. *Olim.*, II, 787, 418. Cl. Liger, 431. Zélande, *ZSS*, 3, *GA*, 31. Masuer, 32, 8. Excl. des ascend. par le fisc.

(2) Dumoulin, sur J. Lecoq, 87 : *ego semper contrarium tenui, fiscum excludi et tandem mea opinio confirmata est arresto et observatur.* Paris, *NC*, 330. Loisel, 342. Laur., s. 330. Paris. Glasson, 7, 477 Ficker, 3, 464.

(3) Ci-après, Droits de viduité (bibl.). Guyot, v° *Quarte*. Serres, *Inst.*, 3, 10, 3. Loucl, F, 22; V, 13, etc. — Viollet, 853. Stobbe, § 294. Pertile, § 127. — Dareste, *N. Et.*, p. 304-327. *ZSS*, 1898, *GA*, 107. Ficker, t. IV.

(4) Droit romain. *Bon. possessio unde vir et uxor.* Cod. Théod., 5, 1, 9, Cod. Just., 6, 18, 1 (Auth. *praeterea*). Nov. 53, 6; 22, 14; 117, 5. Nov. 106 de Léon. — *Siete Part.*, 7, 13, 7.

même en présence de collatéraux. — B° *Pays de Coutumes* (1). A l'origine, la famille faisant défaut, le fisc est préféré au conjoint survivant qui doit se contenter des gains de survie établis à son profit. Mais quand on s'attacha à l'idée de l'affection présumée du défunt pour régler sa succession, on fut amené, sous l'influence des idées romaines, à reconnaître aux époux un droit de succession réciproque préférable à celui du seigneur ou du fisc (2), et de même nature que celui des parents (3). La loi du 22 nov.-1er déc. 1790 généralisa la succession du conjoint survivant à défaut de parents (4).

11. — **Successions irrégulières** (5). — Dans un système rigoureux de propriété individuelle (6), les biens d'une personne morte sans parents habiles à lui succéder seraient des *res nullius* susceptibles d'être occupées par le premier venu (7). Mais cette solution peu pratique a été écartée dès l'époque franque (8) ; le fisc royal s'attribue les biens en déshérence, sans doute à l'exemple de se qui se passait à Rome (9) et à raison du patro-

(1) Loisel, 340 : la femme ne succède point au mari, ni le mari à la femme. Bacquet, *Aubaine*, 34. Norm., 146. Maine, 286. D'ordinaire, les Coutumes gardent le silence, ce qui prouve qu'elles ignorent la succession entre conjoints. Ass. de Jér., *C. des B.*, 186 : *nus home n'est si dreit heir au mort come est sa feme espouse.* Elle exclut, dit ce texte en invoquant la Genèse, II, 24 (*vir et uxor unum corpus*), même les fils et filles, les père et mère, les frères et sœurs. Mais il semble qu'elle n'acquiert qu'une *propriété bridée*, cf. c. 187. De même à Liège, en vertu de la mainplévie, le conjoint survivant emporte tous les biens laissés par l'autre, mais le droit de dévolution l'empêche d'abuser de cette faveur au préjudice des enfants. *ZSS, l. c.* (1/3 à la veuve, 1/3 au mort).

(2) Berry, 19, 8. Poitou, 299. Louet, F., 22 (arr. 1582). Déchéance en cas d'adultère de la femme, de séparation d'habitation contre le mari.

(3) Pothier, *Cout. d'Orl.*, Intr. au t. 17, n° 35 : le conjoint a la saisine. *Secùs*, C. civ., 767. Britz, 693, 690 : il est hér. nécessaire (Flandre).

(4) 1, 4. Cf. L. 9 mars 1891.

(5) Ci-dessus, p. 214, t. II (bibl.). *Tract. univ. jur.*, t. 12. Traités de droit féodaux et domaniaux. Argou, 2, 27. Ferrière, Guyot, v° *Désh.* Britz. 691, 684. Stobbe, § 297 (bibl. et détails). Tomascheck, *Heimfallsrecht*, 1882. Celakovsky, *id.* Brunner *ZRG*, 16, 31. Brünneck, *ZSS*, 1899, *GA*, 1. Pollock et M., 1, 332. Pertile, 4, 83. R. Caillemer, *Confiscation et admin. des successions par les pouvoirs publics au moyen âge*, 1901 (bibl.). Viollet, 853. Dareste, *N. Et.*, 343.

(6) Cf. Droits des *vicini*. Ci-dessus, p. 592, t. II. Heusler, 2, 616.

(7) A Rome, usuc. *pro herede*. Ci-dessus, p. 291, t. II.

(8) *Sal.*, 44, 10; 60, 2; 62. *Fris.*, 19, 2. *Bai.*, 15, 10, 4. *Roth.*, 223. Brunner, *DRG*, 2, 48, 71. Zeumer, *Forsch. D. Gesch.* Cf. Epoque franque, t. I.

(9) Girard, *Man.*, p. 878.

nat royal sur les individus sans famille (1). Le mouvement féodal eut pour conséquence de faire passer le droit de **déshérence** (2) aux seigneurs justiciers (laïques ou religieux, particuliers ou villes), et le roi ne la conserva que dans les lieux où il rendait lui-même la justice. A côté de ce droit (3) fonctionnent, presque comme des variantes, les droits d'**aubaine** et de **bâtardise** (4) et même le droit de **confiscation** (5). La préroga-

(1) Cf. Mundium royal, t. I.

(2) Les héritiers ne purent d'abord réclamer les successions vacantes que pendant l'an et jour (Ass. de Jér., *C. des B.*, 196), puis pendant dix, trente ans. *TAC. Norm.*, 21, 2. *Sachsensp.*, 1. 28. Montpellier, 114. Sur la prescription de la pétition d'hérédité, Ferrière, Guyot, *h. v°*. — *Abr. de C. des B.*, 34 et suiv.

(3) Administration des successions vacantes par les pouvoirs publics, mais seulement depuis le douzième siècle, car jusque-là elles sont attribuées purement et simplement au seigneur. Fribourg en B., 4. Saint-Antonin en Rouergue, 1144. Albi, 20. Les gardiens payent les dettes. *L. d. droiz*, 897 (institution d'un *curateur* par la justice, si les créanciers le demandent). Détails dans R. Caillemer, p. 58. Cf. dans le droit actuel, la distinction entre la succession vacante que personne ne réclame, pas même l'Etat, et à laquelle on nomme un curateur, et la succession en déshérence recueillie par l'Etat. Guyot, Ferrière, v° *curateur à succ. vacante*. En fait, il y a vacance dès que les héritiers du 1er degré ont renoncé. Pothier, Intr. au t. 17. *Cout. d'Orl.*, n° 67.

(4) On ne trouve pas dans la déshérence le caractère pénal qui distingue la confiscation, et de cette différence peu sensible à l'origine il est résulté avec le temps deux régimes opposés. Blackstone, 2, 16, 18.

(5) A la confiscation des biens d'un condamné à mort ou au bannissement se rattache naturellement, quoiqu'il n'y ait pas de condamnation pénale, celle qui porte sur la succession des usuriers (Ci-contre, p. 473, t. II. *TAC. Norm.*, 49. Dauphiné, Savoie, par exemple Evian, 4: Fribourg en Uecht., 57), des suicidés, intestats ou déconfès (*desperati*), coupables les uns et les autres envers l'Etat ou l'Eglise. Déconfés, *Summa Norm.*, 20. *Et. de saint Louis*, 1, 93. Bout., 1, 39. Du Cange, v° *Intest.* L'intestat n'est qu'une sorte de déconfés ; il n'a pas pris de dispositions pour le salut de son âme; sa succession fut confisquée d'abord, et quand la législation fut adoucie, on se borna à distribuer ses biens pour des usages pies. Glanv., 7, 16. Les *intestia* du Roussillon ne sont probablement qu'un débris de la mainmorte. Sur les suicidés, cf. Loisel, 837 : *L'homme qui se met à mort par désespoir confisque envers son seigneur*. Ses meubles, tout au moins, étaient confisqués, parfois ses immeubles eux-mêmes, et Cl. Liger, art. 1435, constate l'application aux terres du suicidé du droit archaïque de *ravage*. Avec le temps, distinctions suivant que le suicide est conscient ou inconscient, qu'il a eu lieu ou non pour échapper à une condamnation capitale. Cf Dig., 48, 21. *Summa Norm.*, 20. *Et. de saint Louis*, I, 92. TAC. Bret., 296. *AC. Bord.*, 41. Beaum., 69, 12 (Table, v° *Suicide*). *Gr. C.*, p. 664. *Olim*, 1, 442, 6, etc. Bout., 1, 39; 2, 15 (rejette la confiscation). Bracton. II, 504 (*felonia de se ipso*). Fleta, 1, 34. Britton, 1, 7. Diversités en droit allemand. *Sachsensp.*, 2, 31, 1. Brunnenmeister, *Quell. d. Bambergensis*, p. 93. Droits du bourreau

tive du seigneur justicier se trouva limitée de deux côtés : 1° elle ne portait, en général, que sur les alleux et les meubles, car les fiefs et les censives faisaient retour au seigneur qui les avait concédés ; ces sortes de biens n'étaient jamais vacants et sans maître (1) ; 2° les successions en déshérence se divisèrent fréquemment entre le seigneur et les établissements de bienfaissance (2) ; on les affecta aux charges publiques, surtout à l'assistance des pauvres, comme une ressource accidentelle et imprévue dont l'humanité prescrivait de faire bénéficier les déshérités de la fortune. Si le justicier partageait avec les pauvres, à plus forte raison devait-il désintéresser les créanciers de la succession, au moins dans les limites de l'actif qu'il recueillait (*intra vires*) (3). Tel fut l'usage général, basé sur l'équité, mais assez difficile à justifier du strict point de vue juridique, car le seigneur apparaît plutôt comme un acquéreur à titre particulier, un occupant privilégié que comme un héritier (4). Cf. L. 22 nov.-1er déc. 1790, 1, 3.

12. — Le **droit révolutionnaire** (5) commence par abolir les inégalités résultant du droit de masculinité et du droit d'aînesse (biens nobles, D. 15 mars 1790 ; biens roturiers, D. 15 avril 1791 rendu malgré les protestations des députés de Normandie et de

sur le condamné qu'il exécute, *Gr. C.*, 657. Sur les *Hagestolzen* ou hommes non mariés, cf. ZSS, 1901, *GA*, 1. Successions des émigrés, cf. *Lois civiles interm.*, *h. v°*.

(1) Glanville appelle le seigneur *ultimus heres*. Glasson, 7, 463. *TAC. Norm.*, 88 et suiv. *Mir. de Souabe*, I, 32 et suiv. ; 159.

(2) Détails et textes dans R. Caillemer, p. 75. Britz, 691. En Angleterre, la succession de l'intestat a fini par être distribuée par les soins de l'Eglise. Pollock et M., 2, 356.

(3) Cf. dans R. Caillemer, p. 119, la discussion de cette question. *Roth.*, 223 : le roi ne paye pas les dettes. Pertile, 4, 134, 127. *Olim.*, II, 328. Cf., en sens contr., Lunas, 7 ; Riom, 5. Arles, 83, etc.

(4) Notons une tendance de l'ancien droit à attribuer la succession d'une personne au corps ou à l'établissement auquel elle appartient, par exemple celle d'un religieux à son monastère, celle d'un malade à l'hôpital où il est soigné. Viollet, 487 : la Charité de Lyon adoptait ses orphelins. L. 15 pluviôse an XIII, art. 8. La fabrique recueille les biens du religieux curé. Les biens des ecclésiastiques (séculiers) appartinrent d'abord à l'Eglise ; plus tard, au quatorzième siècle, leurs parents leur succédèrent. Loisel, 343 et suiv.

(5) *Lois civ. interméd.*, vis *Succession*, *Enfants nés hors mar.* Bibl ci-dessus, p. 581, t. II. Guichard, *Diss. s. le rég. des succ.*, an V. Jeanneau. Thèse, 1893.

Pasquier, *Rech. de la Fr.*, 2, 17. Montesquieu, *Lett. Pers.*, 120. Voltaire, *Dict. phil.*, v° *Lois*. Aron, *NRH*, 1901, 462 (cahiers des Etats gén., etc.).

Béarn). En pays de droit écrit, la Nov. 118 ne connaît pas les privilèges coutumiers, mais la liberté de tester permet de les rétablir; on s'attaque à elle, et si l'opposition des romanistes et des députés du Midi empêche un moment la réforme d'aboutir, le 25 octobre 1792, la Convention supprime les substitutions, les renonciations à successions futures; le 7 mars 1793, elle abolit la faculté de tester en ligne directe; les D. du 5-12 brum. an II et du **17 niv. an II** restreignent dans les plus étroites limites la quotité disponible. Cette dernière loi, qu'on pourrait appeler le *Code successoral de la Convention,* renferme deux autres séries de dispositions : *a*) Les libéralités ayant pour but de maintenir les anciens privilèges sont annulées à dater du 14 juillet 1789 et les partages des successions ouvertes depuis cette date doivent être refaits d'après les nouveaux principes. On voit que la L. de nivôse (comme celle de brumaire, d'ailleurs) avait effet rétroactif. Tout en proclamant avec la Déclaration des droits de l'homme que la rétroactivité des lois était un crime, les conventionnels l'appliquèrent en matière de successions, soit en haine de l'Ancien Régime, soit sous l'influence de députés intéressés à cette mesure inique; les sophismes ne leur firent pas défaut pour se justifier à leurs propres yeux; ils prétendirent qu'à dater de 1789 l'égalité avait été établie et qu'ils ne faisaient qu'appliquer un principe préexistant. Distinction de casuiste qui n'empêcha pas les résultats de la loi d'être déplorables; on dut la rapporter en l'an III (1). — *b*) Dans la dévolution de la succession, on ne considère ni la nature ni l'origine des biens; ils ne forment qu'une seule masse comme dans la législation romaine, ce qui simplifie beaucoup leur transmission. L'hérédité est attribuée d'abord aux descendants qui succèdent par portions égales soit de leur chef, soit par représentation; il est défendu de les avantager, et le rapport des donations est imposé même au renonçant. Contrairement à l'axiome du droit coutumier : *bâtards ne succèdent pas*, les L. du 4 juin 1793 et du 5-12 brum. an II avaient déjà donné aux enfants naturels simples les mêmes droits de succession qu'aux enfants légitimes et aux adultérins le tiers de ces droits (avec

(1) L. 5 flor., 3 fruct. an III; 3 vend. an IV; 18 pluv. an V. Glasson, *Réf. soc.*, 1889, t. 2, p. 217. Sagnac, p. 234, 325. Aron, *NRH.* 1901, 618. Cf. Divorce, ci-dessus, p. 1065, n. 5.

effet rétroactif aboli par les L. 15 therm., 3 vend. an IV) (1). A défaut de descendants, l'hérédité se divise en deux parts égales, l'une pour la ligne paternelle, l'autre pour la ligne maternelle, et s'il y a lieu, cette fente est suivie d'une refente. Dans chaque ligne, on ne recherche pas, comme on le ferait dans un régime successoral basé sur l'affection présumée, quel est le plus proche parent du *de cujus*, mais bien quels sont les parents qui descendent de l'ascendant le plus proche du *de cujus* ; de la sorte on arrive à constituer une série de lignées ou parentèles, celle du père, celle de l'aïeul, etc., appelées successivement à l'hérédité. Cette résurrection inattendue du système germanique des parentèles, si oublié alors dans la France coutumière, semble s'expliquer par deux causes, l'une plutôt archaïque, l'autre plutôt révolutionnaire : 1° on se proposait, comme dans les Coutumes, de restituer les biens, par à peu près, à la ligne ou à la souche qui les avait fournis ; 2° ce procédé avait l'avantage de diviser la propriété entre un grand nombre de personnes, car il devait arriver souvent que chaque parentèle contînt beaucoup de membres. Dans chaque parentèle, les descendants excluent les ascendants, par exemple le frère est préféré au père ; ce privilège pour les jeunes générations concorde avec le vieux principe *Propres ne remontent*, mais on n'a voulu peut-être, en l'établissant, qu'attacher davantage au nouveau régime politique les classes les plus naturellement portées à le soutenir. La représentation est admise à l'infini pour la même raison, et dès lors le partage a lieu par souches. Le privilège du double lien est aboli, mais les germains ont une part dans chaque ligne. A défaut de parents (et ils succèdent sans limitation de degré), le conjoint survivant est appelé ; autant dire que presque jamais il ne succédera ; peu favorisé de ce côté, il l'est encore moins en ce qui concerne les gains de survie, comme le douaire, que l'ancien droit avait institués en sa faveur ; la Révolution les abolit. En dernier lieu vient l'Etat. Deux préoccupations dominent la législation révolutionnaire, le souci de l'Egalité et le désir de simplifier le droit successoral en morcelant les fortunes. Elle part de l'idée si répandue au dix-huitième que ce n'est point à l'individu qu'il appartient de disposer de ses biens pour après sa mort ; la loi seule en a le droit. Et elle s'inspire non

(1) Ci-dessus, p. 127, 588, t. II. Sagnac, p. 317, 356.

pas de la volonté probable du défunt, mais de la raison politique ; la succession n'est point une sorte de testament présumé, le testament de ceux que la mort a surpris avant qu'ils eussent fait connaître leurs dernières volontés ; en théorie, on l'envisage comme une réglementation dans l'intérêt public du sort de biens abandonnés par leur propriétaire, ce qui est une thèse d'une extrême gravité, puisque l'Etat pourrait s'en servir pour dépouiller dans son intérêt les parents successibles ; mais, en fait, on est loin de songer à lui donner cette portée ; l'Etat ne gagne rien ; on se borne à protéger la famille contre les caprices individuels, si bien que le régime institué par la L. de nivôse est un amalgame incohérent d'idées nouvelles et de principes surannés (1).

§ 2. — *Acquisition de l'hérédité et ses suites.*

1. — **L'ouverture de la succession** (2) ne résulte aujourd'hui que de la mort naturelle (*nulla viventis hereditas*) (3), mais elle résultait aussi autrefois d'événements qui lui étaient assimilés et que l'on serait tenté de qualifier d'une manière générale de *mort civile*, quoique ce terme n'ait guère été appliqué qu'aux cas de condamnation criminelle et de profession religieuse (4) ; tels étaient, dans le très ancien droit, la lèpre (5), la perte de la vue, la folie (6), et peut-être les graves infirmités qui accompagnent la vieillesse (7). L'**absence** (8) n'avait pas un effet aussi radical, quoiqu'elle entraînât l'attribution des biens de l'absent (9) à ses proches parents ; en effet, on comptait tellement

(1) Cf. appréciations diverses, *NRH*, 1901, 616.

(2) Pothier, 3, 1. Pertile, 4, 119. Stobbe, § 279.

(3) *Commorientes*. C. civ., 720. Pothier, 3. 1, 1. Dig., *de reb. dub.*, 9, 22. L. 20 prair. an IV. Zeys, *Le Nil*, § 7. Acad. lég. Toul, 1871 (Fons).

(4) Ci-après, Personnes, Loysel, 345. Pothier, *Pers.*, 70. Pertile, 4, 120. Excommuniés, *TAC. Norm.*, 2, 3.

(5) Ci-après, *ibid. Roth.*, 176 : il est *tanquam mortuus*.

(6) Ci-dessus, Frisons. Amira, *Erbenf.*, 151. — Cf. *Wis.*, 3. 4, 12.

(7) Cf. démission de biens, ci-après.

(8) Sur l'absence, cf. Ferrière, Guyot, *h. v°*. Villequez, *Rhdr.*, 2, 209. *Dig. ital.*, et *Encicl. giur. ital.*, v° *Assenza*. Stobbe, 5, 10 (bibl.). C. civ., 112 et suiv.

(9) L'absent s'éloigne de son domicile et ne donne plus de ses nouvelles. C'est le **domicile** qui détermine le statut personnel de chacun ; il se distingue mal d'abord de la bourgeoisie ou de l'attache à la seigneurie. A

avec la possibilité du retour de l'absent qu'on le présumait vivant tant que le contraire n'était pas prouvé ou tant qu'il ne s'était pas écoulé cent ans depuis la naissance de l'absent (1) : ses biens étaient administrés par un curateur nommé à la demande des parties intéressées (2); après un délai de trois, sept, dix ans, suivant les lieux, les héritiers présomptifs (3) étaient en possession provisoire; vingt ou trente ans après les dernières nouvelles ou la disparition, l'envoi était définitif. Le conjoint présent ne pouvait se remarier que s'il rapportait la preuve du décès de l'absent (4).

2. — **L'incapacité de succéder**, dans le très ancien droit, se produit : 1° quand l'héritier est *physiquement* (déments, idiots, lépreux (5), enfants en bas-âge (6), femmes), ou *moralement* (ecclésiastiques (7), religieux (8), condamnés à une peine capi-

l'époque monarchique, on peut avoir un domicile : *a*) *d'origine*, celui des père et mère lorsqu'on naît; *b*) *de fait*, résultant de l'établissement dans un lieu avec intention de s'y fixer; *c*) *de droit*, dans le lieu où on a un bénéfice ou un office et seulement pour les affaires y relatives; *d*) *d'élection* ou conventionnel pour l'exécution d'un contrat, etc.; *e*) *quant au mariage*, résidence de six mois ou un an dans la paroisse; *f*) *quant aux tailles*. Argou, 1, 12. Guyot, Ferrière, *h. v°* (bibl.). C. civ.: 102. Homeyer, *Heimath* (*Berl. Abh.*, 1852).

(1) *Secùs*, Pothier, *Introd. à la C. d'Orl.*, t. 17, n° 7 : il n'est présumé ni vivant ni mort; c'est à ceux qui ont intérêt à prouver sa vie. — Contrairement à cette idée, on admettait : *a*) qu'il prenait part aux successions ouvertes à son profit; *b*) que les droits subordonnés au décès de l'absent ne pouvaient être exercés par les intéressés (p. ex. usufruit). L. 5 oct. 1791; 21 vent., 16 fruct. an II.

(2) C. de Châtillon, art. 72 (Giraud). Ferrière, *h. v°*.

(3) C'est à-dire les plus proches au moment où l'appréhension était permise? ou au jour de la disparition? Diversité dans les Coutumes. Stobbe, *loc. cit.* — L'absent a laissé un mandataire : difficultés. — Le conjoint présent peut demander la dissolution de la communauté et celle-ci devient définitive ou se produit forcément lors du partage définitif.

(4) Nov. 117, 11. Auth. *hodie*, s. l. 7. Cod. Just, *de repud.* **X**, *de spons.*, 19. Bretonnier, v° *Absents*. Cf. cep. Pothier, *C. de mar.*, 106.

(5) *Summa Norm.*, 25, 22, 10. C. de Barèges, 2 (*pec*, de *pecus*, idiot; *taros*, imbécile). Sourds-muets : Bonnefoy, Thèse, 1899 *Roth.*, 176, et *Sachsensp.*, 1, 4 (lépreux). Nains, hermaphrodites, etc. Schroeder, 737. Sur l'hermaphrodite, cf. Zeys, *Le Nil*, § 6. Post, 2, 176, 178 (bâtards).

(6) Viabilité? Cf. *Alam.*, 92. *Wis.*, 4, 2, 17. Stobbe, § 37, 280. Cf. ci-dessus, p. 217, t. II. D'après plusieurs lois scandinaves, l'enfant ne peut succéder que s'il a mangé ou s'il a été baptisé. — Sur la règle *Infans conceptus pro nato habetur*, cf. Lambert, *Stipul. pour autrui*, p. 166.

(7) C. de Barèges, 1. Loisel, 343. Stobbe, 5, 17.

(8) D'après le droit romain et le droit canon, le religieux succède à ses

tale) dans l'impossibilité d'être chef de famille (1); 2° quand celui que les liens de parenté appelleraient à succéder n'appartient pas à la maison (aubain, bâtard (2), fils émancipé ou qui a fondé un foyer séparé (3), filles mariées hors de la maison) (4) ou est écarté par l'application du droit seigneurial (par exemple serf). La capacité de succéder dépend même quelquefois de l'égalité de condition avec le défunt ; ainsi le roturier ne peut pas en certains lieux succéder au noble (5). — De ces incapacités beaucoup disparurent dans le droit plus récent préoccupé surtout de donner satisfaction à la volonté probable du *de cujus*. Néanmoins l'incapacité des aubains, des bâtards et des religieux persista, et on a vu ce qu'il était advenu de l'exclusion des filles. Les personnes morales ou gens de mainmorte n'étaient pas toujours dépourvus du droit de succéder; ainsi le monastère recueillait les biens de ses religieux à leur décès (6).

3. — **Exhérédation** (7). — Cette institution était contraire à l'esprit du très vieux droit d'après lequel on ne peut pas plus retirer à quelqu'un la qualité d'héritier que la lui conférer (8); cependant la *foris familiatio* ou expulsion de la famille produisait les mêmes effets (9). Sous sa forme définitive, l'hexédération fut

parents et transmet cette succession au monastère. Mais le droit coutumier le frappe d'incapacité; il ne peut succéder ni pour son compte ni pour le compte du monastère. Loisel, 345. Ci-après, Personnes. Londry, *Mort civile des relig.*, 1900 (bibl.), Stobbe, 5, 18. L. 20 fév.-26 mars-14 oct. 1790; 18 vend. an II.

(1) *Summa Norm.*, 25, 9. *Add.* l'*outlaw*.

(2) Ci-dessus, p. 127, 588, t. II. *Add. Wis.*, 4, 5. *Bai.*, 14, 8. Enfants incestueux. *Sal. em.*, 14, 16. *Liut.*, 32. *Roth.*, 185. *Alam.*, 39. *Wis.*, 3, 5. Cod. Théod., 3, 12 (Int.). — R. Caillemer, *Admin. et conf.*, 129.

(3) Ci-dessus, p. 122, t. II. Partage anticipé entre le père et les enfants, ci-contre, p. 583, 587, t. II. Ci-après, Réserve. *Sal.*, 60. Montp. 58. — Freund, *Was in der Were verstirbt*, 1880.

(4) Ci-contre, p. 583, t. II. *Roth*., 181. *Liut.*, 2 (filles *in capillo in casa*). Renonciations anticipées à succession, cf. ci-après ZSS. *GA*, 1889, 202.

(5) *Sachsensp.*, 1, 17, 33.

(6) Cf. L'Eglise, t. I, et ci-après, Personnes morales.

(7) Lambert, *De l'exhérédation*, 1895 (bibl., p. XIV). Ci-après, Réserve, ZSS, 1901, *GA*, 367. Glasson, 7, 560. Brandt., p. 88. Post, 2, 201. — *Siete Part*, 7, 7.

(8) *Wis.*, 4, 5, 1. *Roth.*, 71, 61, 166. *Bai.*, 1. *Sax.*, 16, 62. *Burg.*, 24. *L. Alam.*, 1. *Faux Capit.*, 3, 326. Schrœder, 333.

(9) Ci-dessus, p. 122, t. II. Dans les lois barbares et les Capitulaires, exhéréder veut dire aliéner ses biens ; mais on a vu que des restrictions furent apportées à la liberté d'aliéner, cf. ci-dessus, p. 370, t. II. Grimoald, 5. *Liut.*, 105. *Sax.*, 64. Cap. 814-827, c. 6, etc. (1, 312, 114). **X**, *qui filii s.*, 4, 17, 1. Grimm,

empruntée par la pratique coutumière au droit romain et à la jurisprudence des pays de droit écrit. Au treizième siècle, on ne peut enlever à ses héritiers que la quotité disponible; ils conservent la légitime et la réserve (1); dans ces termes, le moyen le plus simple pour exhéréder ses héritiers était d'attribuer ses biens disponibles à d'autres qu'à eux. Lorsqu'il fut permis de les dépouiller de l'intégralité de sa succession (2), et c'est ce qui était reçu au moins au seizième siècle, une déclaration formelle devint nécessaire (testament, acte notarié ou déclaration devant le juge) et encore n'avait-elle effet que si elle reposait sur une juste cause expressément indiquée (3). L'exclusion des biens disponibles pouvait, au contraire, avoir lieu sans motif; mais la jurisprudence trouva un biais pour sauvegarder les intérêts de la famille exposés à être trop aisément sacrifiés; à la fin du seizième siècle, elle annule les dispositions inspirées non par le désir de gratifier le bénéficiaire, mais par la haine ou la colère contre l'héritier (action *ab irato*) (4); cette délicate recherche d'intention laissait aux tribunaux une grande latitude. Autant l'exhérédation était gênée par des formalités, autant la révocation était facile; elle pouvait

RA, 482. — Sur le forjur, cf. P. de F., p. 76. Beaum., 60, 7. *AC. Artois*, 7, 7. Ci-dessus, p. 413, t. II. Dareste, *N. Et.*, p. 342, 69 (dr. grec).

(1) P. de Font., 33, 33; 44, 10. Beaum., 12, 17. Ass. de Jér., *C. des B.*, 239. Bout., 1, 103. Anjou, 251. Maine, 369. Tours, 286. Peleus, *Act. forens*, 5, 31. *Mir. de Souabe*, 1, 17; 2, 122. Cf. *Petrus*, I, 15 et suiv.

(2) Ord. 1556. Chassanaeus, *Cons. Burg.*, *de Succ.*, 13, 2. Cf. exclusion des filles, *foris familiatio*. — Pothier, *Succ.*, 1, 2, 4. Ferrière, s. 318, Paris. — Sur la situation des enfants de l'exhérédé, cf. Ricard, *Don.*, 3, 951. Renusson, *Propres*, 2, 7, 6. *TAC. Norm.*, 10 : refus de dot à la fille qui vit *luxuriose*.

(3) Au seizième siècle, on est d'accord pour emprunter à la Nov. 115, c. 3, l'énumération des justes causes d'exhérédation qu'elle contient, et on y joint le mariage sans le consentement des père et mère. Beaum., 12, 17. *Et. de saint Louis*, 1, 144. *AC. Bret.*, 495. Ord. 1556; 1579, 41; Décl. 1639. L'exhérédation et la révocation des donations pour ingratitude s'appliquaient de longue date dans ce cas. Stobbe, § 253. Schröder, *ZRG.* 9, 140 (textes). *Sachsensp.*, 1, 5 : l'inconduite de la fille ne lui fait pas perdre ses droits de succession. *Secùs*, diverses Cout. *TAC. Bret.*, p. 507, éd. P. — En dehors des justes causes *de droit*, l'exhérédation était-elle possible pour un motif grave? Controv. Pothier, 1, 2, 4. Furgole, *Test.*, 8, 2, 92.

(4) Le Code civil ne connaît plus l'action *ab irato*. La L. de nivôse an II ne permettait pas d'exclure les collatéraux et avait ainsi rendu inutile l'action *ab irato* de leur part. Sur l'exhérédation *cum elogio*, cf. Ricard, *Don.*, 1, 630.

être tacite, par exemple résulter de ce que l'exhérédé avait été reçu par l'exhérédant et avait vécu avec lui ; elle était même présumée, quand il lui avait rendu de grands services (1). Le décret du 9 fructidor an II abolit l'exhérédation (art. 23) et le Code civil ne l'a pas rétablie (2). — L'**exhérédation officieuse,** abolie aussi par les lois révolutionnaires, permettait au père de famille d'instituer ses petits-enfants et d'exhéréder ses fils prodigues : on arrivait par là à des résultats analogues à ceux que produit l'interdiction, tout en évitant le scandale de celle-ci ; le fils exhérédé recevait une pension alimentaire ou l'usufruit de la succession.

4. — **L'indignité** (3) n'est qu'une exhérédation tacite, prononcée par la justice après la mort du *de cujus*, lorsque les circonstances n'ont pas permis à celui-ci d'user de la faculté d'exhéréder (4), par exemple parce que son héritier a attenté à sa vie (5). Les causes de l'indignité étaient les mêmes que celles de l'exhérédation (6) et elle produisait des effets analogues.

6. — **Du rôle de l'héritier** (7). — L'héritier du droit romain continuait la personne du défunt. En droit français, le patrimoine se divisant en plusieurs masses, on n'avait pu accepter la fiction que le *de cujus* et son successeur ne faisaient qu'un. L'héritier ressemblait plutôt à un fonctionnaire qui en remplace un autre et qui n'est pas tenu des obligations de celui-ci en tant que particulier; il devenait chef de famille à son tour, exerçait la fonction de son prédécesseur, mais ne succédait pas à sa personne. — Ce n'est pas à dire qu'on puisse l'assimiler à

(1) Loi *si furioso* (Dig., 27, 10, 16. Arr. Parl. Paris, 1611, 1625). Ricard, *Don.*, 3, 1139. Lebrun, *Succ.*, 3, 5, 2. Denisart, *h. v°*.

(2) L. 14 oct-14 nov. 1792; 9 fruct. an II, art. 20. Sagnac, p. 308, 375.

(3) Dig., 34, 9. Argou, 2, 20. Ferrière, Guyot, *h. v°* (bibl.). Gendreau, Thèse, 1889.

(4) Donc le pardon est possible, ce qui n'a plus lieu, car l'indignité est une peine publique.

(5) *Roth.*, 163. *Fris.*, 19, 1. *Sachsensp.*, 3, 84, 3. Stobbe, 5, 15.

(6) En général, la succession n'est pas confisquée, mais elle passe au degré subséquent. Il semble cependant qu'à l'origine les enfants de l'indigne aient été punis pour la faute de leur père. *Summa Norm.*, 22, 10. J. Lecoq, q. 266. Lebrun, 3, 9, 10. Mais Pothier, 1, 2, 4, 6, proteste contre cette doctrine. Cf. ci-dessus, p. 413, t. II. Bout., 1, 39. Enfants d'hérétiques, de condamnés pour haute trahison, etc. Stobbe, 5, 16.

(7) Cf. Blackstone, 2, 29 (un abbé succède à un autre, etc.). Isambert, I, 279 (a. 1256) : le roi n'est pas tenu de payer les dettes de son prédécesseur. Le Bret, *Souver.*, 4, 10.

un simple acquéreur à titre particulier (1); pour chacune des masses héréditaires, il y a succession *à titre universel*, en ce sens qu'on recueille une masse de biens et non pas des biens isolés, un à un, en ce sens également qu'on prend la situation juridique de son auteur et non pas qu'on se crée une situation tout à fait nouvelle, sans lien avec la précédente (2). Les Romains poussant à ses plus extrêmes conséquences l'idée de succession à titre universel, ont confondu la personne de l'héritier avec celle du *de cujus* (*successio in universum jus defuncti*); l'ancien droit français s'est arrêté à mi-chemin, soit à cause du caractère personnel, de l'intransmissibilité des dettes, soit à cause des distinctions entre les biens de famille et les biens personnels, entre la maison et le lignage. — La conception archaïque du rôle de l'héritier s'effaça peu à peu, à mesure que disparaissaient ou s'atténuaient ces particularités; c'est ainsi que, quand l'obligation perdit son caractère personnel, les dettes du défunt passèrent tout naturellement à l'héritier avec ses biens (3). On

(1) Il se peut qu'originairement la succession des meubles n'ait pas beaucoup différé d'une simple occupation portant sur des choses abandonnées. Cf. *jus spolii*.

(2) Il est difficile de voir autre chose qu'une acquisition à titre particulier dans la succession à la *Gerade*, *au Heergeräth* (cf. *heriot* anglais, Pollock et M., 1, 293; 2, 257. Ci-dessus, p. 589, t. II). Et si l'on veut se faire une idée du morcellement possible d'un patrimoine, il n'y a qu'à supposer, avec Pollock et D., 2, 253, une succession dans laquelle on pratique une fente et une refente, ce qui donne quatre parts, et dans chaque part des biens soumis les uns à la *common law*, les autres à la Cout. du *gavelkind*, d'autres à l'usage du *borough english*; pour peu qu'il y ait d'héritiers pour chacune de ces sous-successions, on arrivera à des parts infinitésimales. Le titre universel se rapproche beaucoup alors du titre particulier. Cf. ci-dessus, p. 582, t II. Mais on comprend cependant l'adoption des idées romaines sur la *successio in universum jus defuncti*, si l'on remarque avec Heusler, 2, 525, que l'héritier germanique succède pourtant d'ordinaire à une universalité. Ce n'est pas un successeur universel, mais c'est un successeur à titre *universel* (cf. L. Sal , 50, 58 : *facultas, fortuna. Liut.*, 20 : *substantia. Alam.*, 35, 57 *hereditas. Sachsensp.*. 1, 6, 2 : *erbe* = ensemble des biens laissés). Prise de possession de la maison mortuaire, au moins dans certains lieux, par exemple en Néerlande; elle symbolise l'hérédité. Dans la pétition d'hérédité, on fait reconnaître son titre d'hérédité contre qui possède *pro herede* ou *pro possessore*. Cf. Pollock et M., 2, 253. Pour Heusler, le concept de patrimoine (*vermögen*)) est économique et non juridique; l'ensemble de droits et d'obligations désignés par là, ne constitue qu'une unité de fait. Cf. Zeys, *Le Nil* (grand nombre d'héritiers). Cf. Blackstone, 2, 29.

(3) Droit canon : le fils est tenu *juxta facultates* des dettes de son père afin de sauver son âme (restitutions), **X**, 3, 28, 14; 5, 17, 5; 5, 19, 9; 5, 39, 28. Stobbe, 5, 60.

revint ainsi aux conceptions romaines qui semblaient en parfaite harmonie avec l'idée très puissante sous l'Ancien Régime de la solidarité morale et économique de la parenté; le fils se serait cru déshonoré en n'acquittant pas, même sur ses biens, les dettes de son père ; et les tiers en traitant avec le père comptaient sur le fils, sur la maison tout entière. Le passif s'unit ainsi étroitement à l'actif ; tous les éléments du patrimoine tendirent à ne former qu'une masse unique (1). Par une combinaison originale du droit romain et des idées coutumières, on distingua deux catégories de successeurs universels : 1° les héritiers ou continuateurs de la personne ; 2° les simples successeurs aux biens ; les premiers furent les parents légitimes successeurs *ab intestat* ; les autres, les successeurs irréguliers *ab intestat* comme le fisc. Dans les premiers revivait assez naturellement la personne du défunt ; si c'étaient des hoirs du corps, la chose va de soi ; si c'étaient d'autres parents, on arrivait aussi sans peine à cette idée. Quant aux autres, leurs droits n'étaient guère en harmonie avec les principes coutumiers ; on ne fut pas tenté de les fortifier en voyant en eux des continuateurs de la personne ; la défaveur dont ils étaient frappés fit qu'on leur laissa leur situation primitive correspondante à peu près à celle des légataires de la législation romaine (2).

6. — **L'acquisition de l'hérédité** avait lieu de plein droit, sans formalités, sans addition, comme la logique de la copropriété de famille l'exigeait ; l'héritier n'avait pas à accepter ; à défaut de renonciation, la succession lui appartenait dès le moment du décès du *de cujus* (3). On peut même dire qu'une

(1) Qu'embrasse l'hérédité? Il y a des droits qui meurent avec leur titulaire, par exemple les droits de famille. L'hérédité s'entend des droits et obligations qui constituent le patrimoine; encore certains sont-ils intransmissibles (p. ex. l'usufruit). Sur le caractère des créances et dettes, cf. ci-dessus, p. 398, 534, t. II. De bonne heure, les créances furent transmissibles comme les objets corporels. Sur les dettes, ci-après. Heusler, 2, 540. De la succession, le droit grec sépare la poursuite du meurtre, le droit d'épouser l'épiclère, etc. Dareste, *N. Et.*, 90.

(2) Loisel, 304, 313. La Thaumassière, s. Berry, 19, 9. Argou, 2, 19. Pasquier, 490.

(3) Pas d'hérédité jacente, dès lors. *L. Feud.*, 1, 14; 2, 1, 11, 33. Et par conséquent aussi transmission de la succession, par cela seul qu'elle est ouverte, aux héritiers de l'héritier. Pertile, 4, 123. La succession ne fut, en effet, à l'origine, que la liquidation d'une communauté préexistante. Gierke, *ZRG*, 12, 481 et *Genossenschaftsrecht*, t. I. Cf. Flandre : her. nécess. Britz, 693.

renonciation n'aurait guère eu de sens (1), tant que l'héritier ne fut pas tenu des dettes ou n'en fut tenu que dans une mesure restreinte ; il courait la chance de gagner, il ne risquait pas de perdre. Les formalités gênantes dont elle fut entourée, une fois admise, la défaveur du bénéfice d'inventaire montrent qu'elle répugnance le législateur nourrissait à son encontre. Pour les descendants du mort, en particulier, la conservation de la maison était un devoir sacré. Autant ce système se comprenait pour les membres de la famille qui faisaient partie de la maison (cf. en droit romain le cercle des *sui*), autant il était discutable pour les parents éloignés, *a fortiori* pour les successeurs irréguliers ou les légataires. Il eût été naturel de leur demander une acceptation et même de subordonner celle-ci à la vérification de leurs titres (2) ; naturel de décider que leur silence prolongé entraînerait la perte de leurs droits successoraux (3). L'ancien droit français se borna ici à traiter différemment les héritiers ou successeurs *ab intestat* et les successeurs testamentaires ; à ces derniers il refusa l'exercice immédiat de leurs droits ; il leur fallut demander la délivrance des biens héréditaires aux héritiers légitimes, et, en cas de refus, se faire envoyer en possession par justice.

7. — **Saisine héréditaire** (4). — Avant toute appréhension

(1) Cf. *forisfamiliatio*, abandon de la famille, fourjur. Ci-contre, p. 123, 175, t. II.

(2) Les législations étrangères nous offrent des tentatives en ce sens. Tantôt l'héritier tint lui-même à placer son droit sous la protection de la justice ; tantôt l'autorité publique intervint d'elle-même à cause des droits qu'elle avait sur les successions vacantes. On demandait à l'héritier de jurer qu'il était le véritable héritier ; on ne l'installait qu'après qu'il avait donné de les payer. Parfois l'autorité allait jusqu'à liquider la succession et ne remettait à l'héritier que l'actif net, les dettes payées. La pratique de l'inventaire se généralisa dès lors On arrivait ainsi, par voie coutumière, au bénéfice d'inventaire. Actuellement, inscription sur les livres fonciers, cf. Stobbe, 5, 31.

(3) La règle *fructus augent hereditatem* et le sénatusconsulte Juventien, rejetés par le C. civ., 138, s'appliquaient-ils dans l'ancien droit ? Non, d'ap. Pothier, *Propr.*, n° 429. — Les ventes faite par l'héritier apparent sont-elles valables à raison de la règle *error communis facit jus* ? C'est douteux.

(4) Ci-dessus, p. 249, 262 (bibl.), t. II. — Tiraqueau, *Tract.* : *Le mort saisit le vif* ; Bellonus, *id.*, XVI^e^ s. — Loisel, 317 (bibl.). Lamoignon, *Arr.*, Succ. 1 et 2. Argou, 2, 19. Pothier, t. 8, p. 198, éd. B. Ferrière, v° *Le mort saisit le vif* ; sur Cout. de Paris, 318. Britz, 659, 912. — Simonet, *Sais hér.*, 1852. Thiercelin, *R. crit. de lég.*, 37, 80. Valroger, *R. Fœlix*, 17, 108. Klimrath, *R. Wolowski*, 2, 356. Dubois, *NRH*, 1880, 101. Planiol, *R. crit.*, 1885,

matérielle, de plein droit, l'héritier légitime est considéré comme étant en possession des biens héréditaires à la mort du *de cujus*; celui-ci est censé l'avoir mis en possession lui-même à l'instant de son décès : **le mort saisit le vif** (1), formule d'où il résulte que l'héritier a depuis le moment du décès, sans qu'on puisse l'en priver, tous les avantages possessoires : droit aux fruits, rôle de défendeur au pétitoire, exercice des actions possessoires (2), continuation de la possession de son auteur pour arriver à l'annalité et *a fortiori* faculté d'appréhender de sa propre autorité, sans intervention du seigneur ou de la justice (3), les biens de la succession, meubles ou immeubles, propres ou

437. Dufourmantelle, *ibid.*, 1891, 584. Thèses : Dufourmantelle, 1890; Patte, 1899. Viollet, 830. Glasson, 7, 486. — Renaud. *ZfRechtsw.*, 1847 (tr. dans *R. de lég.*, II, 74). Heusler, *Gewere*, 172; *Inst.*, 2, 39. Laband, *KVJ*, 15, 397. Cosack, *Besitz d. Erben*, 1877. Berbend, *Anevang u. Erbengewere*, 1885. Stobbe, 5, 20. Schrœder, 704. Huber, p. 32, 38. — Pollock et M., 2, 60. — Pertile, § 129. — W. Schuching, *Regierungsantritt*, 1899.

(1) *Mortuus saisit vivum. Olim.*, I, 452, 16 (a. 1259); 2, 517, 9; 2, 556, 3, etc. J. d'Ibelin, 151. *Et. de saint Louis*, 2, 4. Beaum., 27, 2; 41, 9. *Const. du Châl.*, p. 63. Desm., 52, 234, 286. *Gr. C.*, p. 233, 287, 304, 367. Bout., p. 128. *Stil Parl.*, 28, 6. Paris, 318. Loisel, 317. *Arr.* de Lamoignon. Succ., I, 2. Ragueau, *h. v°. Der Todte erbt den Lebendigen* (milieu du XV^e^ s. Ouest de l'Allemagne). Le *Sachsensp.*, 6, 1; 3, 83, disait déjà que, pour les fiefs et les autres biens, le *de cujus* transmet à l'héritier la *gewere* du bien avec le bien (*possessionem beneficii sicut et beneficium*). — Glanville, 9, 1, 4, 6. 2; 11, 1, 3; 13, 9. *Summa Norm.*, 35. Ragueau, *h. v°*. Cf. Ass. de Jér., *Abr. C. des B.*, 47, 57.

(2) J. Faber, *Inst., de interd.* (*stylus curiae Franciae*), § *retin.*, 7. *Gr. Cout.*, 2, 31. — Cf. dr. normand : bref *de saisina antecessoris. TAC. Norm.*, 74. Ci-dessus, p. 270, t. II. *Gr. C.*, 2, 21 : *saisina defuncti descendit in vivum.* Blackstone, 2, 14 : *saisina facit stipitem* (tr. fr., t. 3, p. 20).

(3) *Gr. C.*, 2, 21. *Stil. Parl.*, 3, 28. *TAC. Brel.*, 66, 540 : le mort saisit le vif en ligne directe, la justice en collatérale. — En droit allemand, l'**envoi en possession judiciaire** est fréquent, et la prise de possession symbolique par l'héritier également (p. ex. il s'installe sur le siège réservé au chef de famille, etc.). Dans les Pays-Bas, l'héritier fait reconnaître son titre par la justice et, à la suite de la sentence, prend possession publiquement de la maison mortuaire en saisissant la porte avec la main et en mettant le pied sur le seuil (*Anevang an Thüre und Schwelle*). Dans l'Allemagne du Sud, l'intervention de la justice est encore mieux marquée. Stobbe, 5, 34, 26. Heusler, *op. cit.* D'après les uns, il n'y aurait jamais eu là que de simples formalités utiles, mais sans rien de nécessaire. D'autres pensent qu'à l'origine la possession de l'hérédité ne put être acquise que par l'*Anevang* pratiqué par l'héritier de sa propre initiative ou à la suite de l'intervention de la justice; avec le temps, l'*Anevang* aurait dégénéré en pure formalité, et, par le fait du décès, l'héritier se trouva acquérir à la fois la propriété et la possession (*civilissima*) de l'hérédité. — En droit anglais, l'héritier, avant d'avoir pris possession (*entry*), n'a que la saisine de droit

pres ou acquêts, alleux, fiefs ou censives (1). Ce bénéfice appartient aux seuls héritiers *ab intestat* (2), aux descendants et ascendants, d'abord ; puis seulement vers le seizième siècle aux collatéraux eux-mêmes ; de rares Coutumes l'ont étendu aux successeurs institués par testament (3). La saisine des meubles était, au contraire, très généralement déférée aux exécuteurs testamentaires, afin de leur permettre de remplir leur mission (4). Sur cette question de l'acquisition de la possession des biens héréditaires, le droit coutumier se séparait de la législation romaine ; car, d'après celle-ci, l'héritier ne devenait possesseur que par l'appréhension de fait (5). L'histoire de la théorie de la possession à Rome permet seule de comprendre pourquoi l'héritier, en succédant *in universum jus defuncti*, n'était pas investi à la fois de la possession et de la propriété. C'est là ce qu'il faut expliquer ; on a l'habitude de prendre la question à rebours et de se demander par suite de quelle particularité la possession se trouvait acquise à l'héritier du droit germanique, lors du

(*in law*) et non la saisine de fait (*in deed*) ; il ne pourrait pas intenter une action *of trespass* contre les tiers qui empiètent sur ses droits. Sur les brefs *of entry* et sur la querelle de mort d'ancesseur, cf. ci-dessus, p. 270, t. II. Lehr, p. 701. L'héritier des biens personnels a besoin de demander l'administration à la justice. — Cf. C. civ., 724, 769 : envoi en possession des successeurs irréguliers — Italie, Pertile, 4, 125. — Cf. *TAC. Bret.*, 66.

(1) Au quatorzième siècle encore, le seigneur est avant saisi que l'héritier (pour les fiefs). *Gr. C.*, 2, 19 ; 2, 27 (p. 234, 305, 367). Desmares, 234 (des coutumes locales exigent encore la saisine du seigneur). Varin, *Arch. lég. de Reims*, I, 662, 711. — Mais pour les fiefs eux-mêmes, on finit par se passer de la saisine du seigneur. Ci-dessus, p. 262, 263, 318, t. II. Le droit de la famille l'emporta. — Cf. cep. Glasson, 7. 487 (évolution inverse). Artois, 6.

(2) La saisine est individuelle et non collective ; elle est attribuée à l'*hoir le plus proche et habile à succéder* et non à tout le lignage. *Et. de saint Louis*, 2, 4. Paris, 318. *Jost.*, 16, 2. Chaque héritier est saisi pour sa part et non pour le tout. Controv. sur ces points qui touchent plutôt à l'acquisition de la propriété. Blondeau, *Sép. des patr.*, p. 652. — Pothier, *Succ.*, 3, 2, 4. Ferrière, s. 318 Paris. Denisart, v° *Héritier*, 5, 2.

(3) *Stil. Parl.*, 28, 10. *Gr. C.*, p. 282. Masuer, 2, 33 ; 11, 34. — Saisine à l'héritier institué. *Olim*, 2, 556, 3. Bourg., 3, 43 Berry, 19, 28. Niv., *Don.*, 12. Pothier, *Succ.*, p. 111 (éd. B.) : pays de droit écrit. Mais il ne vise que l'acquisition de la propriété. Italie (Modène, Rome, etc.). Pertile, 4, 122. — Cf. Beaum., 30, 38. Loisel, 312 et suiv.

(4) *Olim*, II, 255, 9. Beaum., 12, 6.

(5) Trois systèmes sont en présence pour expliquer la saisine : 1° Origine romaine (Planiol) ; 2° Origine germanique (Heusler) ; 3° Origine coutumière (réaction contre la fiscalité féodale) (Laurière). Cf. aperçu de ces système dans *R. crit.*, 1891, 584 (Dufourmantelle).

décès de son auteur, alors que c'est une conséquence toute naturelle de sa situation de fait, alors que le sort habituel de la possession est de ne pas se séparer de la propriété. L'héritier, le plus souvent fils ou petit-fils du *de cujus*, vivait sous le même toit que lui; il était à la fois copropriétaire et copossesseur des biens de la famille; en disant qu'il avait la saisine dès le décès, on exprimait non pas une fiction, mais une réalité et un fait positif. On ne pouvait pas en dire autant, il est vrai, des collatéraux; mais aussi eut-on plus de peine à leur accorder la saisine. — Lorsque la constitution de la famille se modifia, cette institution sembla perdre sa raison d'être: elle fut en butte aux attaques des romanistes qui la tenaient pour une véritable hérésie (1); mais les avantages pratiques qu'elle offrait la sauvèrent, et on la rencontre encore dans le Code civil (art. 724). En déclarant l'héritier saisi *a die mortis*, on rendait plus difficiles les usurpations; ses intérêts n'étaient plus à la merci d'un accident, d'une absence fortuite, de l'ignorance où il était du décès. On y gagnait aussi de se soustraire au payement des profits seigneuriaux exigés en cas de mutation par décès pour les fiefs et censives, sous prétexte que le seigneur devait ensaisiner ou investir le nouveau vassal ou le nouveau censitaire; à ces prétentions, on répondit en disant que ce n'était pas le seigneur, mais bien le *de cujus* qui saisissait ou investissait ce dernier; la formule *le mort saisit le vif* fut peut-être imaginée contre la fiscalité féodale (2); mais la règle de fond dont elle est l'expression pittoresque, est antérieure à l'époque féodale (3); elle remonte aux temps barbares (4) et se retrouve dans tous les pays où s'est fait sentir l'influence germanique, non seulement en Allemagne (5) et en France, mais en Italie (6), en

(1) Innocent IV, *Com. s. Decret.*, **X**, 2, 19, 8. Balde, *Const.*, 337, n° 12 : *quin etiam in haeredem non transit possessio nisi apprehensa, quia ex facto consistit.* Cujas, s. l. 30, Dig., 4, 6 (*possessio defuncti quasi juncta descendit in heredem*) (cf. D., 41, 2, 23), dit que la maxime *le mort saisit le vif* vient d'une interprétation inexacte de cette règle (*vox de via collecta*). Cf. Viollet, 831. *Gr. C.*, 2, 21. Bourg., 310. Mais la saisine est antérieure à la renaissance du droit romain. *Add.* sur le droit romain et son influence. Stobbe, 5, 28.

(2) Laurière, s. Loisel, 317.

(3) Les collatéraux ont la saisine, ce qui ne les empêche pas d'être assujettis au payement des profits seigneuriaux. Paris, 318, 33.

(4) Voy. textes dans Heusler, *op. cit.* : *pater me vestitum dimisit.*

(5) Dipl. de 1322 dans Kraut, *Privatr.*, § 159. Ci-contre.

(6) Statuts italiens. Pertile, *op. cit.* Lattes, *Studi Sen.*, 2, 319.

Espagne (1), en Angleterre (2). — Dans le dernier état de notre ancien droit, la saisine héréditaire se distingue mal de la *successio in universum jus defuncti* du droit romain; l'acquisition de la possession, des actions possessoires apparaît comme une conséquence forcée de l'acquisition de la succession, et s'il fallait en croire Lebrun et Pothier, la vieille maxime : *le mort saisit le vif* s'entendrait de la propriété aussi bien que de la possession (3). Grâce à cette déformation, il ne fut pas difficile d'y rattacher, comme on le fit parfois, l'obligation imposée aux héritiers de payer les dettes *ultra vires* et l'effet déclaratif du partage, deux institutions, l'une romaine, l'autre coutumière, mais toutes deux bien étrangères à la saisine (4).

8. — **Acceptation et répudiation** (5). — Dans la logique du très ancien droit, l'héritier *ab intestat* n'avait pas à accepter la succession ; il lui suffisait de ne pas y renoncer pour qu'elle lui fût acquise. La doctrine qui prévalut s'inspirait du droit romain, assimilait l'héritier *ab intestat* au successeur testamentaire et donnait à l'un et à l'autre le choix entre trois partis : accepter purement et simplement, renoncer, accepter sous bénéfice d'inventaire. — A° **L'acceptation pure et simple** avait lieu *verbis aut facto*, en prenant le titre d'héritier ou en se comportant comme un héritier : *qui prend des biens de la succession jusqu'à 5 sols fait acte d'héritier* (6). Par là le successible s'interdisait d'user de la faculté de renoncer et entrait dans les vues de la Coutume. — B° La **renonciation** (7) était, au contraire, en opposition avec l'esprit du vieux droit. On la tolérait, témoin la maxime *Il n'est héritier qui ne veut*, et les successibles y recou-

(1) L. de Toro, 45. Covarruvias. *Op.*, II, 3, 5. De Paz, *De tenuta*, 1671.

(2) Pollock et M., 2, 60. Bracton, f. 31 *b*. 262, 431 *b*.

(3) Ferrière, s. Paris, 318, 1, 2. Valin, s. La Rochelle, 56, 21.

(4) C. civ., 724. Pothier, 5, 3, 1. C'est la contre-partie de l'acquisition de l'actif.

(5) Loisel, 318 et suiv. Argou, 2, 19. Golfred, *Streitfr. aus d. Erbr.*, 1893. Heusler, 2, 570. Pertile, § 129. Zachariae, *Griech. R.*, 161. Post, 2, 204.

(6) Loisel, 319. *L. Rib.*, 67.

(7) *Burg.*, 65. *Wis.*, 5, 1, 6; 7, 2, 19, et 5, 8. Cf. glose s. Liut., 57. Allemagne : pas d'exemple de répudiation avant le quatorzième siècle. Heusler, 2, 570. A Neufchâtel (Suisse), les enfants de l'insolvable n'ont pas pu répudier jusqu'au dix-neuvième siècle. Droit grec : Dareste, *N. Et.*, 88. Droit anglais : l'héritier des biens réels ne peut pas répudier, mais n'est tenu des dettes que jusqu'à concurrence de la valeur des biens. L'héritier des biens personnels répudie en justice, mais n'est pas privé de sa part dans la succession, s'il reste quelque chose, les dettes payées.

rurent du jour où ils se virent tenus des dettes héréditaires *ultra vires*. Mais la défaveur qui l'atteignait se trahissait par l'impossibilité de la répudiation tacite (1). A l'origine, elle supposait une déclaration formelle et des formalités symboliques, comme le jet de la ceinture sur la fosse du défunt (2); depuis le treizième siècle au moins, elle se réalise par voie de déclaration en justice (3); la déclaration au greffe et l'acte notarié, en usage également dans la suite, n'en sont que des variantes (4). On la rencontre aussi, il est vrai, sous la forme, — aujourd'hui prohibée, — de **renonciation à succession future**; dès le douzième siècle, au plus tard, elle est imposée aux filles dotées et consignée dans leur contrat de mariage (5). Si l'héritier n'acceptait ni ne répudiait, il lui était loisible de prendre parti à toute époque, car la faculté de renoncer passait pour imprescriptible (6). Mais une fois qu'elles avaient eu lieu, la renonciation aussi bien que l'acceptation, ne pouvaient être révoquées (7). — C° **Délai pour faire inventaire** et **délibérer**. On donna à l'héritier, en s'inspirant du droit romain et en le modifiant en même temps, un délai de trois mois pour s'éclairer sur les forces de la succession et de quarante jours pour opter entre les divers partis qui s'offrent à lui; pendant ce répit, les poursuites des créanciers héréditaires se trouvent, non pas interdites, mais suspendues (8). — D° Le **bénéfice d'inventaire** (9)

(1) *Gr. C.*, 2, 40, p. 365. J. Lecoq, q. 489. Paris, 317.

(2) Bouthors, *Sources du dr. rur.*, p. 538. De Ribbe, *Soc. prov.*, p. 142. Frioul, Pertile, IV, 126. Alsace, Stobbe, 5, 51. Cf. renonc. des femmes à la communauté.

(3) Renonciations inscrites sur le registre du Parloir aux Bourgeois (XIII[e] s.). Cf. Italie, Pertile, 4, 126 : permission de l'Evêque, droit à payer, incapacités. *L. Feud.*, 2, 45 et 51. A Rome, les fils des commerçants sont tenus de leurs dettes, même s'ils renoncent.

(4) Loisel, 318.

(5) C. civ., 791. Cf. ci-dessus, p. 593, t. II. Arles, 1142, etc., *Et. de saint Louis*, 1, 9. Lebrun, 3, 8, 1. L. 5 frim., 22 vent. an II; 18 pluv. an V. Lattes, *Dir. cons. lomb.*, 261.

(6) Variantes dans les Coutumes. Pasquier, *Inst.*, 491. Pothier, 3, 4, 2. Merlin, v° *Abstent*. C. civ., 789. Villequez, *NRH*, 1889, 733.

(7) C. civ., 783, 790. Pothier, 3, 1, 1, 3 et 4. *Secùs*, Lebrun, 3, 8, 2, 61 (on peut rétracter la renonciation).

(8) G. Durand, *Specul.*, 2, 2, 16. J. Faber, *Inst.*, p. 60, éd. 1582 (3 mois). *Cout. not.*, 84, 85. *Gr. C.*, p. 364. Bout., 1, 77. Masuer, 32, 28. Pasquier, *Inst.*, p. 425. Arr. de Lam., *Succ.*, 9. Pothier, t. 8, p. 125. Serres, 2, 19. Ord. 1667, 7. 1. — *Add. TAC. Bret.*, 316.

(9) Cod. Just., 6, 30, 22 (loi *Scimus* de Justinien). En pays de Coutumes

offre les avantages de l'acceptation et de la répudiation ; l'héritier ne répond pas des dettes *in infinitum*, et le reliquat de l'actif héréditaire, une fois les dettes payées, lui appartient (1). Mais comme cette institution romaine équivalait presque à une renonciation, des lettres royaux furent exigées en pays de coutumes pour permettre d'y avoir recours (2) et l'héritier bénéficiaire se trouva exclu, au moins en ligne collatérale, par le successible du degré subséquent qui acceptait purement et simplement (3). D'ailleurs, la gestion, la liquidation des biens héréditaires, le payement des dettes incombaient à l'héritier bénéficiaire placé ainsi à la tête d'un patrimoine en déconfiture et responsable de ses actes (4); par une sorte de cession de biens, il avait la faculté de se soustraire à ce rôle parfois dangereux de syndic de faillite ; il lui était loisible de faire abandon de la succession aux créanciers et aux légataires (5).

9. — Le **partage entre cohéritiers** (6). — Nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision, dit l'article 815 du C. civ. C'est là l'expression du droit moderne, très hostile au système communautaire, aux sociétés taisibles d'autrefois (7). L'indivi-

fusion du *jus deliberandi* et du bén. d'inventaire. L'Ord. de 1667 la généralise.

(1) La part héréditaire du renonçant fut regardée quelquefois comme vacante. Mais cette idée peu pratique que l'hérédité n'était déférée qu'une fois fit place au système romain de la délation successive aux divers ordres d'héritiers, les plus éloignés étant investis à défaut des plus proches.

(2) *Coul. not.*, 84 (a. 1366). Pasquier, p. 426 (aff. de Loisel). Exigées en pays de droit écrit. Edits 1697, 1704. Argou, 4, 5. Bretonnier, v° *Bén. d'inv. R. de lég.*, 9, 311. Cf. cep. Serres, 2, 19. Supprimées, L. 7-11 sept. 1791. — Dr. allemand : formes diverses. Stobbe, 5, 53.

(3) Loisel, 320. Laur, s. 342, Paris. Lebrun, 3, 4, 5. Poihier, 3, 3, 3. — Interdiction aux héritiers des comptables des deniers publics d'accepter sous bénéfice d'inventaire. Ord. janv. 1563, 16. — Pertile, 4, 137. Aoste, 5, 12 (prohib.).

(4) Paris, 345 Ferrière, *h. v°*. Bretonnier, s. Henrys, 6, 4, 2 (fraudes). Ci-après, Sép. des patr. — Stobbe, 5, 56. Pertile, 4, 137. Cf. Autriche : publications judiciaires à la suite desquelles le créancier qui ne se présente pas perd tout droit. Siegel, p. 439.

(5) Pothier, Introd. au t. 17. *Coul. d'Orl.*, n° 53. Stobbe, 5, 5. C. civ., 802.

(6) Fleury, 2, 328. Glasson, 7, 518. Stobbe, V, 38. Post, 2, 205.

(7) En droit allemand, le partage entre héritiers n'est possible qu'après qu'il s'est écoulé **trente jours** depuis le décès. Ce délai de deuil se clot par une cérémonie religieuse. Pendant ce temps, le repos de la maison mortuaire ne doit pas être troublé ; la veuve et la domesticité ne la quittent pas ; elles vivent sur les provisions qui s'y trouvent ; les héritiers ne peuvent pas être poursuivis par les créanciers héréditaires. *Sachsensp.*, 1, 22.

sion est tenue aussi rare qu'elle était fréquente jadis; sous l'ancien régime, les mœurs et les conditions économiques contraignaient souvent les héritiers, les frères notamment, à vivre en communauté (1). Des partages *de fait* portant sur la jouissance se combinaient avec ces associations et parfois y mettaient fin. Mais la défaveur, qui finit par atteindre l'indivision, s'étendit à ces partages eux-mêmes, sans doute parce que les droits des parties y étaient mal déterminés; le partage *de droit* (c'est-à-dire consistant dans une convention formelle constatée par acte) devint nécessaire et, seule, la possession divise, pendant trente ans, put y suppléer (2).

Formes du partage (3). — Nous envisagerons d'abord le partage en lui-même, abstraction faite des incidents du rapport et du payement de dettes. En général, il se fait à l'amiable par voie de convention. Mais, en cas de désaccord des parties ou si l'un des intéressés est incapable, il a lieu en justice. Les biens impartageables sont licités et le prix réparti entre les copartageants. *Coutumièrement l'aîné lotit et le puîné choisit* (4). La préoc-

Stobbe, V, 23 (bibl.). Grimm, *RA*, 481. Homeher, *Der dreissigste* (*Abh. Berl. Akad.*, 1864). Siegel, *KVJ*, 7, 275. Heusler, 2, 567. Cf. habitation de la veuve ou *Beisitz*. Ci-après, Contrat de mariage. Délai pour faire inventaire. — Le mois de deuil est d'origine juive.

(1) Cf. ci-contre, p. 507, t. II. Beaum., c. 22 (compaignies d'éritage). *AC. Bord.*, 56, 67, 74, 97, 139, 143. Toulouse, 91. *AC. Bourges*, 22. Cf. Anségise, 4, 23. Thévenin, *Textes* n^os^ 70. 126. *Roth.*, 167. — Continuations de communauté, ci-après. Orl., *AC*, 180; *NC*, 213, 216. Lattes, *Dir. consuet. lomb.*, p. 267. Wippermann, *Ganerbschaften*, 1873. — S. Maine, *Inst. prim.*, p. 133, 140; *Et. s. l'ancien dr.*, p. 314. Dareste, *N. Et.*, p. 344, 347. Pollock et M., 2, 243, 268, 272. Blackstone, 1, 2, t. 12. Glasson, *Inst. Angl.*, 6, 261. Ci-dessus, p. 247, t. II. *Add.* Indivision des fiefs. Partage de jouissance, tenure en parage. Ci-contre, p 595, t. II.

(2) Pothier, *Succ.*, 4, 1. Cf. Loisel, 93, 94. Beaum., 22, 7.

(3) Capit. 814, 7. Marculf., 1, 20 (part. judiciaire); 2, 14. Thévenin, 85, 108. P. de F., 21, 66. Beaum., 14, 13; 20, 4. *Summa Norm.*, 24, 117 *Jost.*, p. 150. Masuer, 26. Sur la capacité requise pour le partage, divergences. Beaum., 16, 18, 19. Loisel, 187. Serres, *Inst.*, 4, 17, 4. Pothier, *Succ.*, 4, 1, 2; 4, 4 (acte notarié ou sous-seing privé). Ci-dessus, Majorité, p. 184, t. II, etc. *Add. TAC. Norm.*, 83. *Jost.*, p. 153. — Boucher d'Argis, *De la crue des meubles au-dessus de leur prisée*, 1741.

(4) Loisel, 350. Allusion à l'usage barbare. Greg. Tur., 4, 22. Du Cange, v^is^ *Sors*, *Consortes*. Grimm, 480 (*Kürrecht*). *Sachsensp.*, 3, 29, 2. **X**, 3, 29, 1. J. Faber, *Inst., de act.*, § *quaedam*, n° 10. Cod. Theod., 7, 8, 5, 2. J. d'Ibelin, 148; *Abr. C. des B.*, 49 (ordre inverse). *Et. de saint Louis*, 1, 106; le demandeur fait les parts, le défendeur choisit). Beaum., 16, 19 : seigneur, compromis, sort, convention. Bord., *AC*, 139. *Gr. C. Norm.*, 26. Tour., 266, 271. Anjou, 279. Gui Pape, 289. Perule, 4, 131. Blackstone, 1, 2, t. 12.

cupation d'éviter le morcellement des biens ne se fait guère jour à la fin de l'ancien droit, pas plus, d'ailleurs, que dans le Code civil; on ne poursuit d'autre but que l'égalité à tout prix, jusque dans le détail (1). Aussi, lorsqu'elle n'existe pas, accorde-t-on aux cohéritiers lésés une action en rescision du partage, même si la lésion n'est pas d'outre moitié comme dans la vente (2); et lorsqu'elle a été établie et qu'elle cesse après coup, on leur donne une action en garantie à raison de l'éviction (3). Si l'un des héritiers cède à un étranger (c'est-à-dire à un non-héritier) ses droits successifs, les autres héritiers peuvent écarter le cessionnaire par le **retrait successoral**, en l'indemnisant; de la sorte, les biens restent dans la famille; on éloigne des spéculateurs indiscrets et on facilite une opération délicate, de nature à diviser même ceux qu'unissent les liens d'une étroite parenté (4).

Effets du partage (5). — A Rome, le partage était considéré comme un acte *attributif* de droits, un échange entre cohéritiers, chacun cédant aux autres ses droits indivis sur la part qu'ils recevaient (6). Le droit coutumier partit du point de vue opposé : il vit dans le partage un acte *déclaratif* et non translatif de droits; le fait de l'indivision fut effacé par une fiction (*effet rétroactif*); chaque cohéritier était censé avoir reçu son lot directement du *de cujus*; par conséquent, il était censé ne rien tenir de ses cohéritiers et ne leur avoir rien transmis; tout se

(1) Ci-contre, p. 581, 598, t. II. *Add.* sur la question du morcellement, en général, H. Passy, *Division des héritages*, 1839; *Syst. de culture*, 1846. L. Faucher, *RDM*, 1839. Baudrillard, *Popul. agricoles de la France*, 1885-93. *Enquête sur l'état des familles et l'applic. des lois de succ.* (par la Soc. d'Econ. sociale), 1892. Souchon, *La propr. paysanne*, 1899. A. de Brandt, *op. cit.* Verdelot, Thèse, 1899. *Econ. fr.*, 18 janv. 1896. *Réforme soc.*, 1er juin 1898; 1er août 1899, etc. *Acad. sc. mor.*, 1902, 479 (notices cadastrales, 1657, Champagne). Albert, *Lib. de tester*, 1900.

(2) Pothier, *Succ.*, 4, 6. Cf. L. 2 prair. an VII.

(3) Pothier, *Succ.*, 4, 5, 4. Lebrun, 4, 1, 36. Forfait des rentes.

(4) Ci-dessus, p. 377, t. II.

(5) Championnière, *R. de lég.*, 1838, VII, 405. Liegeard, *Orig. de la max.: le part. est déclaratif de propriété*, 2e éd., 1856. Valabrègue, *Rprat.*, 34, 483. Valroger, *R. Fœlix*, 17, 108, Aubépin, *Infl. de Dumoulin*, 1856. R. de Card. *Caract. déclar. du part.*, 1895. Planiol, *Traité de dr. civ.*, t. 3, p. 182. Thèses, p. ex. Favre, 1872, etc.

(6) Dig. *Com. div.*, 6, 8 (op. contr. de Trebatius, Dig., *de us.*, 31). Petrus, 22, 23. F. Sirm., 25. Bign., 18 Andec., 54. Marculf., 2, 14, App. Marc., 39. Thévenin, 16, 53, 108, etc.

passait comme si le partage avait eu lieu au moment même du décès. Peut-être cette manière de voir tient-elle à ce que l'analyse romaine du partage était trop fine pour nos anciens jurisconsultes ; ils ne la saisirent pas bien et lui substituèrent une fiction beaucoup plus simple à leur yeux ; il leur sembla tout naturel de faire abstraction de la période, souvent très courte, de l'indivision (1). Peut-être faut-il rattacher le système coutumier aux formes anciennes de l'indivision (communauté ou copropriété *zu gesammter Hend*) ; les cohéritiers ne se partageaient que la jouissance, et durant l'indivision ; ils n'avaient le droit de disposer de tout ou partie de l'hérédité qu'à la condition d'agir tous ensemble ; quand le droit changea sur ces points, on conserva les anciennes solutions pour des motifs nouveaux (2).

Comme d'ordinaire, la théorie ne fut point formulée tout d'abord dans sa généralité, on se borna à des solutions pratiques. C'est le côté fiscal de la question qui apparaît le premier dans les textes, au treizième siècle (3), et les documents de cette époque ne renferment aucune trace d'innovation. On y constate qu'en cas de partage les héritiers n'ont point à payer au seigneur les **profits** d'usage pour les aliénations (4). La mutation par décès entraînant déjà la perception des droits seigneuriaux (relief, etc.), il eût été bien dur d'en exiger d'autres (quint, lods et ventes) à l'occasion du partage, alors surtout que, dans la majorité des cas, cette opération suivait de très près le décès. A cette raison d'utilité s'ajoutait un motif théorique. Par l'effet

(1) En sens contr., Planiol, *op. cit.* Mais la question fiscale est résolue par le l. de *Jost.*, *loc. cit.*, par les Bartolistes, avant que l'on songe à appliquer le principe en matière civile.

(2) En ce sens, cf dr. allemand, notamment pour les fiefs. Le partage des produits (*Mutschierung*, *Ooerterung*) ne pouvait donner lieu au payement de droits seigneuriaux.

(3) Systèmes divers pour expliquer la règle coutumière. — 1° Emprunt à la L. 30, D., 4, 6. — 2° Lebrun, *Succ.*, 4, 1, 21, la rattache à la saisine. Mais la règle s'applique aux successeurs testamentaires et même à des communistes quelconques. — 3° Ce serait une arme forgée par les juristes contre la fiscalité féodale. Mais elle aurait été inutile pour les descendants, car ils n'étaient pas astreints au payement de droits de mutation *Gr. C.*, p. 304. Beaum., 27, 4. — 4° Il est préférable d'y voir une opinion vulgaire qui l'a emporté sur les doctrines romaines à cause de ses avantages pratiques. Beaum., 14, 20, 21. *Jost.*, p. 241. Toulouse, 125, 126. D'Argentré, *Prat. des nobles*, q. 40. Loisel, 542.

(4) Beaum., 52, 24.

du partage, chaque intéressé devenait plein propriétaire de son lot au lieu d'avoir des droits indivis sur toute la succession ; mais, au fond, il n'y gagnait rien et il n'y perdait rien. Le jour où le droit romain en progrès fit donner au partage le caractère d'un échange, au moins à l'Ecole et dans les livres, la question des droits seigneuriaux devint plus délicate. Les Bartolistes se divisent : pour les uns, les lods et ventes n'étant pas dus en cas d'échange, le partage bénéficie de cette faveur, mais il se présente des difficultés à propos du partage avec soulte et de la licitation, deux opérations qui se rapprochent plutôt de la vente ; pour les autres, le partage était une aliénation nécessaire, et ils en concluaient qu'il échappait au payement des droits seigneuriaux : thèse peu sûre, car dans les anciens usages la nécessité du partage n'était guère sensible, et en admettant que l'aliénation fût indispensable, il n'y avait aucun motifs pour priver le seigneur de ses droits (1). Il était plus simple de dire, avec certains, que le partage était un acte *sui generis* fait sans intention d'aliéner, mais on retombait alors dans la première explication ; cela revenait à dire, contrairement à la doctrine romaine, que le partage n'était pas un échange. C'est cette explication qui prévalut, et elle triompha d'une façon si complète qu'au partage en nature on assimila, après discussion, les actes équivalents dont le but était de faire cesser l'indivision : partage avec soulte (2), licitation (3), etc.

La théorie romaine et la théorie coutumière se séparaient sur un autre point, en ce qui concerne le sort des **hypothèques constituées pendant l'indivision** par l'un des cohéritiers ; si le bien hypothéqué tombe dans le lot d'un autre, l'hypothèque persiste dans la doctrine romaine, puisque le propriétaire actuel est l'ayant cause du constituant ; elle s'évanouit, au contraire,

(1) Balde, L. *si domus*, D., *de leg.*, 1. J. Andreae, *ad Specul. de contr. eml.*, § *nunc dicend.* Alb. de Rosate, 1, 110. Bout., 1, 83. Gui Pape, 48, 92. Louet, *L*, 9. Guy Coquille, s. Niv. Fiefs, 24. D'Argentré, s. Bret., 73, 4; *Advis. s. le part. des nobles*, q. 40.

(2) Droit dû en cas d'échange avec soulte. Toulouse, 125, 126, 143. Beaum., 27, 5. *Jost.*, p. 241 (ou partage), mais non en cas de partage entre cohéritiers, Orl., *AC*, 54; *NC*, 15, 113. Dumoulin, s. Paris. Fiefs, 33, 1, 69 (*principalis intentio fuit dividere*) (bibl.) ; censive, 78, 1, 170 D'Argentré, s. Bret., 73; *de laudim.*, n° 2453. Louet, *L*, 9.

(3) Orl., 114 : les ventes sont dues en cas d'adjudication à un étranger, mais non si elle a lieu au profit d'un copartageant. Paris, *NC*, 80 Brodeau, s. cet art. (bibl.). Arr. de Lamoignon, 11, 5. Glasson, 7, 512.

dans la doctrine coutumière, puisque le constituant est censé n'avoir jamais été propriétaire. On ne semble s'être occupé de la question qu'au seizième siècle (1). A ce moment, le système hypothécaire de l'ancien droit est définitivement constitué : de tout acte notarié naît une hypothèque générale sur les biens présents et à venir des parties, et comme il n'est personne qui, un jour ou l'autre, ne passe d'acte par devant notaire, la plupart des patrimoines se trouvent grevés. Sous ce régime, la théorie romaine du partage aurait eu les plus fâcheuses conséquences ; en effet, si on l'avait appliquée, chaque fois que le patrimoine d'un des cohéritiers aurait été hypothéqué, et on vient de voir que cela arrivait neuf fois sur dix, cette hypothèque préexistante, inconnue fort souvent, serait étendue sur tous les biens de la succession et aurait survécu au partage ; les cohéritiers qui ne devaient rien auraient été exposés aux poursuites des créanciers hypothécaires de leurs cohéritiers ; on les aurait expropriées et le partage eut été à refaire. Ces inconvénients firent préférer à la jurisprudence du seizième siècle (not. 1595) la théorie coutumière, mais on se tromperait si on croyait qu'elle fit produire toutes ses conséquences au principe de l'*effet déclaratif* du partage ; sur bien des questions, elle ne nous a légué que des incertitudes (2).

10. — **Rapports** (3). — Pour composer la masse partageable, on ne se borne pas à réunir l'actif et le passif du *de cujus ;* il y a lieu d'y joindre les libéralités que les héritiers ont reçues du défunt, après quoi le partage peut se faire sans que l'un se trouve avantagé aux dépens des autres (4). Ce souci de l'égalité contraste avec le système de privilèges qui domine le régime

(1) Louet, *H.* 11. Arr. 1569, 1571, 1581, 1595 G. Coquille, q. 27. Pothier, *Succ.*, 4, 5. 1. — La question fut déjà posée en 1538, dans l'hypothèse d'une saisie féodale pratiquée sur la part d'un cohéritier; Dumoulin, s. Paris, *Fiefs*, 1, 9, 43.

(2) Capacité de partager, garantie en cas d'éviction. Pothier, 4, 5, 4. Lebrun, 4, 1, 36. Retrait d'indivision, Pothier, *Communauté*, 146. Succession comprenant à la fois des meubles et des immeubles et qui échoit à un conjoint, *ibid.*, 140. — Le partage n'est pas sujet au retrait lignager. Chasseneuz, s. Bourg., 10, 9, 19.

(3) Guyot, v° *Enfant chéri*. De Caqueray, *Rhdr.*, 1861. Esmein, Thèse, 1872. *NRH*, 1891, 166. Glasson, 7, 511. — Blackstone, t. 2, p. 480 (*hochpot*). Stobbe, § 284. Kohler, *Abh.*, 1883. Pertile, § 130. Lattes, p. 264. Zachariae, *Gesch d. griech. R.*, p. 171. Glasson, *Inst. Anglet.*, 6, 259.

(4) Leroux de Lincy, *op. cit.*, p. 121 (Sent. du Parl. aux B., 1293).

des successions *ab intestat.* Mais ces privilèges sont spéciaux aux matières féodales ou ont pour but le maintien de la famille: en dehors de ces deux ordres d'idées, on ne rencontre que des mesures égalitaires.

Les **enfants** restés **en celle** (1) étaient seuls héritiers à l'origine; tout ce qu'ils acquéraient venant grossir le patrimoine familial, ils ne pouvaient ni se constituer un pécule et s'enrichir par leur industrie, ni recevoir des libéralités. L'égalité était donc assurée entre eux (2). Mais quand on admit à la succession ceux qui étaient mis hors de pain et pot, émancipés ou filles dotées, il n'en fut plus de même (3). Les fils émancipés avaient travaillé pour leur compte; ceux qui demeuraient à la maison n'avaient travaillé que pour la famille; l'avoir familial, c'est-à-dire l'actif héréditaire, comprenait les bénéfices réalisés par ces derniers. Il eût été inique d'appeler les émancipés au partage, sans les obliger à joindre leurs gains personnels à ceux de leurs frères. On leur donna le choix entre deux partis : ou s'en tenir au vieux principe qui les excluait de la succession afin de conserver leurs bénéfices personnels, ou bien faire valoir leurs droits héréditaires, mais alors *apporter* ces bénéfices et *les partager* avec leurs frères (4). — Les avances sur la succession ou **avancements d'hoirie** que fils ou filles avaient reçus lors de leur établissement, de leur mariage, durent être aussi *rapportés* à la masse partageable; on permit simplement à l'héritier qui avait reçu des libéralités du *de cujus* de les conserver, s'il le préférait, pourvu qu'il n'élevât aucune prétention à la succession et à condition qu'elles ne fussent pas excessives (5). —

(1) Du Cange, v° *Cella*. Beaum., 14, 26. Ragueau, v° *Celle*. B. de Richeb., 3, 258.

(2) *Roth.*, 167, 199. *Liut.*, 2, 4. *Wis.*, 4, 5, 5. Au contraire, pas de rapport chez les Francs, à moins de clause le prescrivant. *L. Sal. extrav.*, 14. Thévenin, n°s 13, 131. Cf. *Rib.*, 59, 9, Milan, 19. *Rdhr.*, 1860, 534.

(3) Cf. dr. rom. : *collatio bonorum*, *dotis*. Girard, 889.

(4) *Jost.*, 12, 21 et 24. *Gr. C.*, p. 315. Beaum., 14, 12. Desm., 236. Leroux de L., p. 108, 109 (Parl. aux bourg.). Toulouse, 91, 121. Giraud, II, 271. Pertile, 4, 129, 131. Cette faculté résulta d'abord de stipulations insérées dans le contrat de mariage (déclar. que le don était fait en avancement d'hoirie). Au quatorzième, quinzième siècle, on en a fait une clause de style, et la C. de Paris, 1510, art. 123, la sous-entendit (après discussion). Lamoignon, *Arr. des rapports.* — Cf. *Sachsenps.*, 1, 13. Laur., s. 278. Paris. Lebrun, 2, 3, 6, 1.

(5) Ci-dessus, p. 593, t. II. Loisel, 351. *TAC. Norm.*, 9, 13, 14.

L'ancienne jurisprudence poussa la passion de l'égalité jusqu'à obliger les enfants à rapporter non seulement les sommes qui leur avaient été données, mais même celles qui leur avaient été prêtées. Pothier justifie ainsi ce **rapport des dettes** : ce serait un avantage indirect si un père faisait passer son argent comptant à un de ses fils pendant que les autres n'auraient à sa place qu'une simple créance contre leur frère (1).

C'était surtout entre enfants ou descendants que l'égalité semblait désirable (2). Quant aux ascendants ou collatéraux, beaucoup de Coutumes ne les contraignirent pas au rapport (3). A plus forte raison n'existait-il aucune obligation de ce genre pour les successeurs testamentaires. — Entre enfants, on se montre plus ou moins rigoureux suivant les Coutumes. A cet égard, on en distingue trois classes principales. — 1° Les **Coutumes d'égalité parfaite**, les plus près de l'ancien droit, imposent le rapport même aux descendants qui renoncent à la succession (4). Toute fraude à l'égalité se trouve conjurée par là (5). — 2° Dans les **Coutumes de simple égalité** (Paris), l'héritier peut se dispenser du rapport en renonçant à la succession; mais s'il accepte, il doit toujours rapporter, même si le *de cujus* l'en a dispensé (6). — 3° Un petit nombre de Coutumes dites **Coutumes de préciput**, permettent à l'héritier d'éviter le rapport en renonçant à la succession et au *de cujus* de l'en dispenser, même s'il accepte (7); dans ce dernier cas, il recueille sa dona

(1) Seizième siècle. Loucl, *R*, 13. Meynial, Thèse, 1886. Deschamps, *id.*, 1889.

(2) Cf ci-après, Réserve. Quotité disponible. P. de F., 34, 10. *Et. de saint Louis*, 1, 136; 2, 26. *L. d. dr.*, n° 83. Beaum., 14. *Gr. C.*, 1, 40. Bout., 1, 103. *Jost.*, 12, 21, 5. Ass. de Jér., *C. des B.*, 170. — De là il suit que le rapport ne profite pas aux créanciers. Loisel, 355.

(3) Loisel, 355. Avantages dispensés du rapport, *ibid.*, 352. Pothier, 4, 2, 3. Ferrière, s. 304, Paris. C. civ., 852. — Droit allemand : armes, cheval, etc. *Sachsensp.*, 1, 10.

(4) Tous les dons sont présumés en avancement d'hoirie; on ne peut les retenir qu'à titre d'héritier.

(5) *Summa Norm.*, 35. *TAC. Bret.*, 207. *Anc. C. d'Anjou*, éd. B.-B., Table, v° *Rapport*. Anjou, 260, 337. Maine 278, 349. Tour., 309, etc. L. 17 niv. an II, art. 42. Cf. *Lois civ. interm.*, v° *Rapport*. Esmein, p. 162.

(6) Paris, 303. Orl., 304, et la plupart des Coutumes. Il n'est pas permis d'être héritier et donataire tout ensemble. Beaum., 7, 19 et suiv.; 14, 15; 70, 58, distingue le rapport et la réduction. De là le *rapport pour autrui*, c'est-à-dire l'obligation imposée à l'héritier de rapporter les dons faits à son conjoint, à son père, à son fils, car ceux-ci sont réputés personnes interposées. Loisel, 353 et suiv. *Gr. C.*, p 365, 371. C. civ., 847. Pothier, 4, 3, 5.

(7) Nivern., 27, 8. Berry, 19, 42. Bourb., 368. Pertile, 4, 131. Cf. dr. romain.

tion *par préciput*, en sus de sa part. — La L. du 17 niv. an II ne pouvait manquer d'adopter le système des Coutumes d'égalité parfaite, tant il était d'accord avec ses tendances; mais déjà, avant le Code civil, une L. du 4 germ. au VIII l'abandonna pour se rapprocher du système plus moderne des Coutumes de préciput.

Le rapport des immeubles s'opérait, en général, *en nature*, sauf dans les Coutumes d'égalité simple où il pouvait se faire *en moins prenant*, s'il y avait dans la succession des immeubles de pareille valeur et bonté. Les charges (servitudes, hypothèques) créées par le donataire tombaient lorsque les biens donnés passaient dans le lot de ses cohéritiers; mais les aliénations subsistaient, ce qui fait que le rapport avait lieu en moins prenant, toutes les fois que le donataire avait disposé des biens reçus. C'est aussi en moins prenant que se faisait le rapport des meubles (1).

L'égalité entre héritiers peut être rompue non seulement par des dons entre vifs, mais aussi par des legs. Les Coutumes virent là un danger plus pressant encore, car le testament se prête beaucoup plus que la donation à la captation; l'état dans lequel se trouve son auteur au moment où il le fait, c'est-à-dire d'ordinaire à son lit de mort, l'expose à toutes les influences et le désigne comme une proie à toutes les cupidités. Aussi le droit commun des Coutumes adopta-t-il sans restriction, même pour les collatéraux, la règle qu'**on ne peut être à la fois héritier et légataire** (2). L'unique avantage que l'héritier retirait du legs était de pouvoir opter entre ce legs et son droit héréditaire.

C. civ., art. 840. Le rapport n'est dû que parce que l'intention du défunt a été de maintenir l'égalité entre héritiers. Sur les *Abfindungen* en droit allemand, cf. Stobbe, § 324, 290.

(1) Beaum., 14, 13 et suiv. : cf. 20, 9 et 10 (peine de recel). Pothier, 4, 2, 7. Lebrun, 3, 6, 3 et 4. Rétention, Paris, 305. Offices, Argou, 2, 28.

(2) *Gr. C.*, p. 369. *Olim*, I, a. 1261. Parl. aux B., 13 août 1293. Bout., 1, 103. Ferrière, s. Paris, 300. Pothier, t. 8. p. 179, éd. B. : « moyen de conserver la paix et la concorde dans les familles... il était d'autant plus important de maintenir cette égalité à l'égard d'hommes guerriers et féroces tels qu'étaient nos ancêtres, plus susceptibles que d'autres de jalousie et toujours prêts à en venir aux mains et aux meurtres pour les moindres sujets. » Pour les dons, ce danger était moindre, puisqu'il s'agissait d'un fait consommé. L'incompatibilité entre les qualités d'héritier et de légataire n'existait pas en pays de droit écrit où l'on n'a connu que le rapport des dons entre vifs, rapport dont on pouvait toujours se dispenser en renonçant. Cf. L. 25 mars 1898.

11. — **Payement des dettes** (1). — L'ancien droit n'est arrivé que par degrés à la doctrine renouvelée des Romains, d'après laquelle l'héritier répond indéfiniment et sur ses propres biens des dettes du *de cujus*, au moins s'il accepte purement et simplement (*creditores propinquissimi sunt heredes*). Primitivement, les dettes sont personnelles, intransmissibles et incessibles (2); elles meurent avec le débiteur (3). Devenues héréditaires (4), elles ne donnent de droits que sur les meubles du débiteur (5);

(1) Ci-dessus, p. 308 et suiv., t. II (bibl.). — Loisel, 327 et suiv. (bibl.). Arr. de Lamoignon, *P. des d.* Lebrun, 4, 2, 1. Pothier, c. 5. Stobbe, 5, 49 (bibl.). Lewis, *Succ. d. Erben in die Obligat. d. Erblassers*, 1864. Gierke, *De debitis feudal.*, 1860. Heusler, 2, 546. Gmür, *Haftbark. d. Erben*, 1896. Schrœder, p. 776. Salvioli, *Respons. d. famiglia* (*R. ital. sc. giur.*, 1886). Pollock et M., 2, 253 et s. — Post, 2, 206, 186. — Add. R. Caillemer, p. 424.

(2) Ci-dessus, p. 398, 534, t. II. Système primitif des actes au comptant et des promesses suivies de la dation d'un gage ou d'une caution, ce qui est plutôt un mode de payement qu'une garantie. Déjà cependant, à l'époque barbare, certaines lois mettent les dettes à la charge des héritiers. *Rib.*, 67. *Roth.*, 362, 369, 323 (gl.). *Wis.*, 5, 1, 2; 2, 6. *Arech.* (774), 10 (débiteurs qui donnent tous leurs biens entre vifs pour frauder leurs créanciers). Pertile, 4, 134, 137 (fils séparés ou non de leur père). — Survivance du vieux droit : *le mort exécute le vif et non le vif le mort*. Ci-dessus, p. 558, t. II. *Stil. Parl.*, 14. *Gr. C.*, p. 344, 429. Desm., 65, 130. Décl. 4 mars 1549. C. civ., 877. — Lewis soutient, contrairement à l'opinion générale, que l'héritier fut d'abord tenu des dettes *ultra vires*, puis que sa responsabilité s'atténua.

(3) Si le *de cujus* a commis un meurtre, l'obligation de payer le *wergeld* pèse non seulement sur les héritiers, mais sur la parenté, car les parents sont exposés à la vengeance privée comme les héritiers. *Sal.*, 53, 62. *Sax.*, 2, 6. *Roth.*, 2 (deux parts de la créance du *wergeld*, l'une pour les héritiers, l'autre pour les parents). *Secùs. Rib.*, 67; 12, 2. *Bai.*, 8, 20. *Thur.*, 31 (héritiers seuls). Heusler, 2, 541. Brunner, *op. cit.* Ci-dessus, p. 421, t. II. Dareste, *N. Et.*, 90. La responsabilité des dettes *ex delicto* est limitée, même avec le système de la communauté familiale, sans quoi il eût été trop facile d'anéantir cette communauté elle-même par des dettes. Capit. 816, 5 (I, 218). Heusler, 2, 545. *Secùs*, Amira, *Erb.*, 213. Dettes *ex delicto* en général. Stobbe, 5, 59 (bibl.).

(4) La transmissibilité des créances aux héritiers du créancier paraît avoir été bien plus facilement admise que la transmissibilité des dettes; cependant les actes nombreux où il est stipulé que le débiteur payera au créancier ou à ses héritiers attestent qu'il y a eu des hésitations. Ci-dessus, p. 483 et suiv, t. II.

(5) Ci-dessus, p. 539, t. II. Capitul. 816, c. 5 (I, 268). Jacq. d'Ibelin, 68. *Ass. de Rom.*, c. 124. *Et. de saint Louis*, I, 15 *AC. Bourges*, 62. Malines, a. 1535, 16, 35. *Sachsensp.*, 1, 6, 2; 2, 41. *Richsl. Landr.*, 10, 3. — Lorris, 15, 11. Bourb., 316. Tour., 310, etc. Arr. de Lam., *loc. cit.*, 1. — Cf. Stobbe, 5, 50. *Summa Norm.*, 19, 6 (autorités religieuses chargées de la liquidation des successions *ab intestat*, au moins quant aux meubles). — Ci-après, Exécuteurs testamentaires : ils ont la saisine du mobilier et sont chargés par suite de

elles tombent à la charge de l'héritier des meubles et seulement jusqu'à concurrence de la valeur de ceux-ci (1), car le chef de la famille n'a pas le droit d'anéantir le patrimoine de celle-ci. Par un nouveau progrès, les immeubles héréditaires sont atteints comme les meubles; et enfin on en vient à imposer à l'héritier l'obligation de payer les dettes *ultra vires*, sur les biens de la succession et sur ses propres biens (2). Cette évolution a été déjà à moitié expliquée dans la matière des obligations; il ne reste qu'à montrer comment le passif héréditaire a suivi le sort de l'actif, s'est soudé à lui et comment la responsabilité personnelle de l'héritier s'est jointe à celle du *de cujus* (3).

Du moment où les meubles répondaient des dettes, ils en répondirent aussi bien entre les mains de l'héritier qu'entre celles du *de cujus*; pour l'un et pour l'autre, la responsabilité se trouvait limitée à une partie du patrimoine. On s'habitua pourtant à lier le passif à l'actif et quand l'exécution sur les immeubles fut permise, on l'autorisa, par identité de raison, entre les mains de l'héritier. Mais pourquoi l'héritier ne fut-il pas toujours considéré comme tenu *propter rem? intra vires* seulement? pourquoi fit-on de lui un débiteur personnel, tenu *ultra vires*, même sur ses biens, sujet à la contrainte par corps, comme son auteur, en cas d'insolvabilité? Diverses raisons amenèrent ce résultat (4) : 1° l'influence de l'idée romaine que la succession

payer les dettes. Cf. not. pour le dr. angl., Lehr, p. 724. Pollock et M., 2, 344.

(1) *Rib.*, 67, 79. *Burg.*, 65, 47. *Liut.*, 57. *Wis.*, 7, 2, 19 (ant.); 7, 6, 8; 5, 6, 6. *Roth.*, 224. *Cap.*, 4, 23. *Gr. C. Norm.*, 59, 88. *Schwabensp.*, 20, 10. Esmein, 180. Cf. faculté d'abandon de l'héritier bénéficiaire. Stobbe, 5, 52.

(2) *L. Rib.*, 67, 1 : *quicunque quantum unus solidus valet, in hereditatem acceperit,... omne debitum per ipsum solvi judicatur.* Ci-contre, p. 641, t. II. Proverbe allemand : *Wer einem Heller erbt, einem Thaler bezahlen muss.*

(3) La transmissibilité des dettes aux héritiers a été préparée par ces clauses des actes en vertu desquelles le débiteur engageait ses héritiers eux-mêmes. Marculf., 2, 25. Desm., 159. *Cod. Cav.*, 2, 213. *Cart. lang.*, 6. En dehors des conventions, le simple fait de s'être enrichis sans cause les a rendus responsables. Ass. de Jérus., *C. des B.*, 165, 171. Ainsi, d'après le *Sachsensp.*, 2. 17, 1, l'héritier ne répond d'aucunes dettes, sauf de celles pour lesquelles il a reçu un équivalent, *wederstadinge* et des dettes provenant de vol ou de rapine; ces dernières ne l'obligent qu'à restituer la chose volée qui se trouve dans la succession; il n'a pas à payer de composition. Cf. Heusler, 2, 546. Stobbe, 5, 58, 60. Ci-dessus, p. 399, t. II.

(4) *Wis.*, 7, 5, 8. Beaum., 15, 4; 7, 8. P. de F., 15, 84. *Cout. not.*, 18, 84.

portait *in universum jus defuncti*, avec ce correctif que la renonciation et le bénéfice d'inventaire prévenaient tout mal ; si l'héritier souffrait pour s'être chargé d'une responsabilité trop lourde, il l'avait bien voulu ; 2° un motif pratique, la confusion de fait entre les biens du *de cujus* et ceux de l'héritier; il arrivait souvent que la responsabilité devenait illimitée, faute de connaître les biens auxquels il aurait fallu la restreindre; 3° la solidarité morale des membres de la maison, l'idée que celle-ci constituait un être juridique dont les actes s'enchaînaient par un lien étroit, quel que fût leur auteur ; les dettes de la maison passaient du père au fils; la religion d'abord (1), l'honneur ensuite firent un devoir de les acquitter ; les mœurs imposèrent souvent avant la loi la charge des dettes à l'héritier ; le crédit de la famille y gagnait. La combinaison de ces idées amena des conséquences remarquables : 1° Ainsi la distinction entre les *représentants* de la personne, c'est-à-dire les héritiers *ab intestat*, seuls tenus *ultra vires* des dettes héréditaires (et non des legs) (2), et les successeurs aux biens, c'est-à-dire les successeurs irréguliers, légataires et donataires universels, tenus *intra vires* (*bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno*) (3). 2° La situation privilégiée des parents ou héritiers *ab intestat*, la saisine dont ils jouissaient, les mit dans la nécessité de faire l'avance du montant intégral des dettes (4) (*droit de poursuite*); l'un d'eux

Ci-contre, Bénéfice d'inventaire. Cf. Desm., *loc. cit.* Esmein, *NRH*, 87, 52, 61. Cout. qui rendent les héritiers solidaires. Amiens, 91, 159. Norm., Règl. 1666, 159. Masuer, 31. Lebrun, 4, 2, 7, 11. — Stobbe, 5, 52 : obl. *ultra vires*, même là où le droit romain a été sans influence. Dareste, *N. Et.*, 298, 328 (Chine). — Mais en droit anglais, l'héritier n'est tenu des dettes que jusqu'à concurrence de la valeur des biens qu'il a reçus. Et encore faut-il ajouter que presque jusqu'à nos jours, les immeubles échappaient aux créanciers. Ci-dessus, p. 539, 554, t. II. Glasson, *Inst. Angl.*, 259. Lehr, p. 701. Pollock et M., 2, 117. — En droit musulman, l'héritier n'est tenu qu'*intra vires*. Zeys, *Tr. de dr. mus.*, t. 2,

(1) Restitutions pour le salut de l'âme du *de cujus*, **X**, 3, 28, 14; 5, 17, 5, etc. Stobbe, 5, 60. *Const. Sic.*, 1, 25. Pertile, 4, 135. *Schwabensp.*, 5, 178. *Sachsensp.*, 1, 6, 2, et 1, 18, 1. Cf. Desm., 117.

(2) Beaum., 12, 6. Desmares, 13, 1 : *debita sunt praeferenda legatis*. Loisel, 330. *Et. de saint Louis*, 1, 15. Pothier, *Succ.*, 5, 4; cf. t. 8, p. 138 (l'héritier n'est tenu des legs que *intra vires*).

(3) Pothier, 5, 3, Lebrun, 4, 2, 1. Ricard, *Don.*, 4, 1, 112. Mais à condition de faire inventaire ou acte équivalent, afin de pouvoir distinguer les biens de la succession de leurs biens propres. Ce qui atténue beaucoup la différence entre représentants de la personne et successeurs aux biens. Bout., 2, 25.

(4) Pothier, 5, 3 (les légataires ne sont pas débiteurs personnels). Lebrun,

était-il seul appelé à la succession, il pouvait être forcé de désintéresser les créanciers; s'ils étaient plusieurs, chacun avait à payer sa *part virile*, solution presque inévitable avec des liquidations aussi compliquées que celles des anciennes successions et la difficulté de connaître la part du passif incombant à chacun des intéressés (1). D'ailleurs, on leur ménageait un recours contre les successeurs aux biens pour ce qu'ils avaient acquitté à leur décharge; dans le règlement définitif (*contribution aux dettes*), tout successeur universel avait à payer une part de passif proportionnelle à la part d'actif qu'il recueillait (2) (sauf l'aîné qui ne contribuait pas pour son préciput) (3).

12. — **Séparation des patrimoines** (4). — La confusion des biens de l'héritier avec les biens héréditaires était avantageuse pour les créanciers de la succession quand l'héritier avait des ressources ; s'il était insolvable, elle se retournait contre eux, puisqu'ils se trouvaient dans la nécessité de concourir avec ses créanciers personnels. On avait imaginé à Rome, pour parer à cet inconvénient, une mesure collective, dans l'intérêt de tous les créanciers héréditaires, la *separatio bonorum*, incident de la *venditio bonorum* ; par là, au lieu d'une faillite, on en organisait deux, celle du défunt et celle de l'héritier; chacune avait sa masse de créanciers, ses biens particuliers, son administration. Dans notre ancien droit, la séparation de patrimoines, quoique empruntée à la législation romaine, prit un tout autre caractère. Elle cessa d'être un incident de la procédure en expropriation. Chaque créancier héréditaire, chaque légataire fut autorisé à la réclamer individuellement contre chaque créancier personnel de l'héritier, à conclure à la séparation

loc. cit. Dans certaines Coutumes, chaque héritier est tenu pour le tout. Dist. entre l'a. personnelle et l'a. hypothécaire. *Gr. C.*, p. 369. Desm.. 159, 167. *Cout. not.*, 18, 86, 26.

(1) Pothier. 5, 3, 1. Lebrun, 4, 2, 1, 5. Cf. civ., 873.

(2) *Roth.*, 385. Pertile, 4, 136. P. de Font., p. 138.

(3) Cf. Laur., s. 334, Paris. *TAC. Bret.*, 210. Autres préciputs en dr. allem. : *Morgengabe*, *Gerade*, *Musstheil*, etc.

(4) Domat, 3, 2, 1. Lebrun, 4, 2, 1. Argou, 4, 4. Basnage, *Hyp.*, 1, 13. Despeisses, *Contrats*, 3, 2, 5. Bourjon, 3, 17. 2, 12. Pothier, t. 8, p. 219, éd. B. Ferrière, v° *Sép. de biens* (bibl.). Britz, 716 (id.). — L. 11 brum. an VII, art. 14. C. civ., 878, 2111. — Blondeau, *Sép. de p.*, 1842. Dollinger. *Revit.*, 19, 21, Garraud, *Déconfiture*, 1880. S. de Laborie, *NRH*, 1891, 692. Thèse : Ducos de la Haille, 1894, etc. Dramard, *Bibl. du dr. civil*, p. 139. Stobbe, 5, 57. Glasson, *Inst. Angl.*, 6, 260.

de tous les biens ou de quelques-uns d'entre eux seulement. L'héritier n'était pas dessaisi, ainsi qu'à Rome, mais conservait l'administration des biens héréditaires, un peu comme au cas de bénéfice d'inventaire et comme dans ce cas, des lettres de chancellerie furent d'abord nécessaires ; au dix-septième siècle on cesse de les exiger (1). Contrairement à la jurisprudence des pays de droit écrit, où les lettres furent longtemps requises et où il n'était possible de demander la séparation que pendant cinq ans, le Parlement de Paris permit de la faire valoir à toute époque sans imposer aux créanciers la nécessité d'une demande en justice (2). On voit que la séparation tendait de plus en plus à devenir un simple droit de préférence, un *privilège*, sur les biens héréditaires (3); rien ne s'opposait à ce que les créanciers de la succession vinssent se faire payer sur les biens de l'héritier, une fois que ses créanciers personnels étaient désintéressés (doctrine de Papinien et de Pothier): avec plus de rigueur logique, on aurait même fait concourir ces deux classes de créanciers sur le patrimoine de l'héritier; il semblait qu'on s'acheminât vers cette solution, puisque Ferrière constate l'existence d'une pratique d'après laquelle les créanciers personnels de l'héritier avaient le droit de demander la séparation de biens contre les créanciers du défunt ; à quoi bon si ces derniers n'avaient pas concouru avec eux (4)?

§ 3. — *Dispositions testamentaires* (5).

1. — **Ni testament ni dispositions à cause de mort** n'étaient

(1) Dans le droit suisse, l'autorité locale intervenait pour veiller au payement de ces dettes, pour contraindre les héritiers à donner caution afin d'assurer ce payement, pour les payer elle-même, ce qui rendait inutiles des mesures dans le genre de la séparation des patrimoines.

(2) Argou, 4, 4. Id., Belgique. Regnerus, *Censura belg.*, *ad.* t. *de separ.* Raviot, s. Périer, *Arr. Dijon*, 291, 8 : cinq ans pour les meubles, pas de délai pour immeubles. C. civ., 880.

(3) Loisel, 494. Bourjon, *Succ.*, 2, 12, 28 (privilège).

(4) *Secus.* Lebrun, 4, 2, 1, 16, et Pothier, 5, 4. C. civ., 881.

(5) Bibliographie. — *Tract. univ. jur.*, t. VIII. Traités sur le notariat ou formulaires de notaires : *Formul. tabell.* d'Yrnerius. *Ars notaria* de Rainerius de Perusio (dans Gaudenzi, *Biblioth. jurid. med. aev.*), *Summa* de Rolandinus, etc. (Cf. Les Glossateurs, t. I), *Doctrinale florum artis not.*, 1526, etc. J.-D. Durantis, *De arte testandi*, 1572. Mantica, *De conject. ultim. volunt.*, 1734. — Canonistes : Hostiensis, G. Durand, etc. K. Thomas, *Kanon.*

connus dans la Germanie de Tacite (1) ou même dans la plupart des lois barbares (2). Le vieux régime de la communauté familiale ne s'accommodait que de la succession *ab intestat*, c'est-à-dire de l'exercice par les parents de droits qui leur appartenaient déjà (3). Avec la désagrégation de la famille le testament redevint possible. Les précédents romains et l'influence de l'Eglise (4) favorisèrent l'évolution qui devait aboutir vers le douzième siècle à la renaissance de cette institution abandonnée (5). Mais ce résultat ne fut obtenu que difficilement. Ceux qui voulaient disposer de leurs biens procédèrent longtemps par voie d'actes contractuels entre vifs avant d'arriver à l'acte unilatéral qu'est le testament. L'institution d'héritier eut de la peine à se faire accepter, témoin les adages : *Solus*

Test., 1897. — Loisel, 300 et suiv. (bibl.). Bernard, *Observ. de dr.*, 1628. Barri, *De succession.*, 1670. Lebrun, *Tr. des succ*, 1775. Ricard, *Tr. des don.*, 1652, 1783. Furgole, *Tr. des test.*, 1745, 1779. Pothier, *Tr. des don. test.*, 1777. Bourjon, *Dr. commun*, II, 292 (éd. 1770). Argou, 2, 12. Serres. 2, 10. Julien, *Elém.*, 2, 7. Ferrière, Guyot, *h. v°*.

Viollet, p. 859 Glasson. t. III, p. 176; t. VII, p. 540. Pariset, *Dispos. de dern. vol.*, 1891. Auffroy, *Evol. du test. en France des origines au XIII^e^ siècle*, 1899 (bibl.). R. Caillemer, *Exèc. test.*, 1901 (bibl.). Ed. Lambert, *La trad. romaine s. la succ. des formes du test.*, 1901 (bibl., p. 6). A. de Brandt, *op. cit.* (p. 1537).

Summermann, *De orig. et progr. test.*, 1735. Stobbe, § 298. Schrœder, Table, v° *Test.* Heusler, 2, 621. Huber, 4, 603. Wyss, *Letzw. Verfüg.* (*Zf. schweiz. R.*, 1876, 68). — Pollock et M., 2, 312. Glasson, *Insl. Anglet.*, 2, 257 : 3, 202, etc. Lehr, *Dr. angl.*, 653. — Pertile, 4, § 122. Salvioli, 456. Palumbo, *Test. rom. e langob.*, 1891. Lessona, *Revoc. d. test.*, 1886. — *Siete Part.*, 6. — Lehr, *Dr. civ. russe*, t. 2.

Droit comparé. — Post, 2, 198. Dareste, *Et.*, 47, 63, 112, 238, 291, 329, 349, etc.; *N. Et.*, 79, 258, 269, 286, 298, 328, 343. Castelli, *Dir. di test.* (dr. hébr.), 1878. Cf. Lambert, *op. cit.*, p. 7 et suiv. S. Maine, *Inst. prim.*, 131.

(1) Tacite, *Germ.*, 20. Kohler, *ZVR*, 1887, 7, 224. Loi de Gortyne, Dareste, Hauss *Inscr. jurid. grecques*, 3, 462. Ci-contre, note 2. Dareste, *N. E.*, 349.

(2) Sauf les lois des Burg. et des Wisigoths, 4, 2, 4; 2, 5, 10. Cf. *Liut.*, 6. (Lomb., *de ult. vol.*, 2, 12, 2). Palumbo, p. 317. Tamassia, *Alienaz.*, 242. Schultze, *Langob. Treuh.*, 14.

(3) L'aliénation entre vifs fut en usage plus tôt que le testament pour deux raisons : *a*) parce qu'il était plus facile en fait de la ramener à exécution; *b*) parce qu'elle était nécessaire parfois et acceptée des parents.

(4) Elle alla jusqu'à faire un devoir de tester et punir ceux qui mouraient intestats. Ci-contre, p. 615, t. II. Du Cange, v° *Intestati* (ex, de tiers testant pour autrui). R. Caillemer, p. 47. Auffroy, p. 555. Pollock et M., 2, 356.

(5) Avant le treizième siècle, au lieu de *testamentum*, on dit *carta divisionalis*, *divisa*, devise, laisse; *gadium*. Du Cange, *h. v°* (cf. ci-après exécuteurs testamentaires). Rastall, v° *devise*. Auffroy, p. 338. *Destinatio* (Du Cange, v° *destinare*), destin.

Deus heredem facere potest, non homo (1) *Gignuntur heredes, non scribuntur.* On disait encore dans nos anciennes coutumes : *Institution d'héritier n'a lieu* (2), ce qui avait alors deux sens : *a*) l'héritier institué par testament n'est pas assimilé de tous points aux parents appelés par la coutume à la succession (3); *b*) l'institution d'héritier n'est pas requise dès lors pour la validité du testament (4); aussi n'y a-t-il pas de différences entre le testament et le codicille (5). — La défaveur du testament se traduit encore par l'idée que le *testament est de droit civil*, tandis que la donation est de droit naturel. C'est un préjugé courant dans l'Ecole du droit naturel, accepté par tous au dix-huitième siècle, que le testament est une création du législateur, quelque chose d'artificiel; en effet, disent-ils, qu'y a-t-il de moins naturel que d'exécuter les ordres d'un mort? Les philosophes qui défendaient cette thèse se faisaient, sans y prendre garde, les continuateurs de la vieille tradition coutumière hostile aux dispositions testamentaires, et les orateurs de la Révolution s'inspirèrent des mêmes idées (6).

2. — **Thinx et Affatomie** (7). — A° L'**adoption** était à peu près le seul moyen en usage dans beaucoup de législations primitives pour se créer des héritiers quand on craignait de mourir sans postérité (8). Le procédé qui s'en rapproche le plus dans les lois barbares est le *thinx* ou *gairethinx* lombard (9). Celui qui

(1) Glanville, 7, 1. Poitou, 272, etc.

(2) Beaum., 12, 58. Loisel, 304. Paris, 299.

(3) Ci-dessus, p. 627 et suiv., t. II.

(4) *Secùs*, Pays de droit écrit. Mais exceptions : Toul., 123[b].

(5) Loisel, 300. Inutilité de la clause codicillaire (*ut vice codicillorum scriptura debeat obtinere*). Serres, II, 23. Argou, II, 17.

(6) Ci-contre, p. 616, t. II (bibliog.).

(7) Grimm, *RA*, 121. Beseler, *Erbv.*, I, § 7. Stobbe, 5, 170. Heusler, § 621. Amira, *Erbf.*, 58, Schrœder, 67, 334 (bibl.). Thévenin, *NRH*, 1880, 50. Pappenheim, *Launegild u. Garethinx*, 1882. Pertile, § 121. Viollet, 862. Glasson, 3, 32. Schupfer, *Thinx e affat.*, 1892. R. Schmidt, *Affatomie*, 1891. Lambert, 52, etc. Auffroy, 159. R. Caillemer, 29. Palumbo, p. 239. Kier, *Ed. Rotari*, 1900; *Dansk og langob. Arverel*, 1901 (comp. avec l'institution danoise du bail à nourriture. Ci-contre, p. 483, t. II). Compte rendu par Pappenheim, *ZSS, GA.*, 21, 254, 22, 367. Schultze, 6. *NRH.*, 1900, 144.

(8) Ci-dessus, 144, t. II. — *Rib.*, 48 (*adoptare in hereditate vel adfatimi*). Dareste, *Et.*, 3, 110, 190, 263, 290, 350. Kowalevsky, *Coul. contemp.*, 203. Post, I, 103; II, 198. Bibl. dans Lambert, 7, 24. Valroger, *Celtes*, p. 546. D. Vaissete, 8, 385.

(9) *Gairethinx* = assemblée des hommes libres armés (*gaira* ou *gér* =

désespérait d'avoir des enfants à cause de son grand âge ou de son état maladif instituait un héritier en pleine assemblée publique (1); pour cela, il est probable qu'il procédait par la remise des armes comme dans l'émancipation politique, le traitant ainsi comme s'il eut été son fils. L'Edit de *Rotharis* se contente de la présence d'hommes libres et de l'intervention d'un *gisel* ou caution, sans parler de cette formalité, parce que l'acte se détachait de l'adoption (2). Les lois de *Liutprand*, § 4, simplifient encore en réduisant tout à la *carta* ou procès-verbal écrit. L'auteur de la *thingatio* s'interdisait de disposer de ses biens au préjudice des droits conférés à l'héritier qu'il se donnait et qui étaient les mêmes que ceux d'un enfant légitime : il lui était loisible cependant de les aliéner en cas de nécessité ; encore l'héritier jouissait-il alors de la faculté de s'opposer à l'aliénation en lui fournissant des aliments : la survenance d'un enfant révoquait l'acte et, de même, l'ingratitude dans les cas où elle aurait permis d'exhéréder un fils légitime (3).

B° Sous le nom d'**affatomie** (L. em.), *adfathamire* (4), la loi Salique, t. 46, décrit une opération qui dérive peut-être de l'adoption, mais qui en diffère beaucoup par son caractère exclusivement patrimonial. Elle se compose de trois actes séparés : 1° Au *mallus* convoqué par le *thunginus*, le disposant jette la *festuca* dans le sein d'un tiers (5), effectuant par là une transmission symbolique de son patrimoine (6) : en même temps il

lance), approbation par cette assemblée (*vapnatak*), cf. Schrœder, 24, 41. Pappeinheim, 29 : *Garethinx* = assemblée générale. *Liut.*, 73.

(1) Ci-dessus, p. 109, 144, t. II. A propos de l'affranchissement, *Roth.*, 224 : *per gaida et gisil. Gisil* = caution. Ci-dessus, p. 528, t. II. *Gaida* = 1) selon les uns, *sagitta*, P. Diac., *H. Lang.*, 1, 13. *Gloss. Matrit.*, 29. — 2) selon les autres, *aidos* (*Roth.*, 259), *sacramentales*. Pappenheim, 31. Cf. Dareste, *Et.*, 110. Kohler, *ZVR*, 5, 427. Schrœder, 222. Sur les destinées du *Thinx* et sa disparition, cf. Palumbo, 276.

(2) Cod. Théod., 8, 12, 1, 2. *Roth.*, 172. *L. Rom. Cur.*, 8, 5,

(3) *Roth.*, 168 et suiv. Cf. 156, 362. *Liut.*, 57. *Areg.*, 10. Geffcken, 178 (bibl.).

(4) Mot qui paraît signifier *embrasser*, par allusion aux rites anciens de l'adoption. Kern, *L. Sal.*, éd. Hessels, *h. v°*. Autres textes : *Cap. extrav. l. Sal.*, 8. Cap. 819, 10. *Rib.*, 48, 49. Form. Merkel, 16, 24, 25. Lindenbr., 13. Marc., 1, 12. App. Marc., 47. *Form. imp.*, 38. Du Cange, v° *Affatomare*.

(5) Dans une interprétation qui serait assez raisonnable, mais qui se concilie mal avec le texte, on élimine le tiers; l'opération se passe tout entière entre le disposant et le gratifié; ce dernier reçoit la *festuca*, puis s'installe dans la maison du disposant, et enfin lui rend, avec la *festuca*, ses biens à titre de jouissance. Glasson, 3, 37.

(6) On a fait observer qu'il manquait une chose à l'aliénation au profit de

déclare qu'il veut donner tout ou partie de sa fortune à une autre personne qu'il désigne. — 2° Celui qui a reçu la *festuca* va s'installer dans la maison du disposant, y reçoit trois hôtes qui mangent avec lui de la bouillie et le remercient de son accueil; c'est là une prise de possession des biens qui lui ont été transmis (1). — 3° Dans l'année, en présence du roi ou au *mallus legitimus*, par le jet de la *festuca* il remet à l'héritier désigné le patrimoine dont il est devenu propriétaire. Ce qui frappe le plus dans cette description, c'est que l'affatomie consiste dans une disposition par personne interposée et qu'elle a lieu au *mallus*. Que l'on agisse au *mallus* ou en présence du roi, cela peut tenir ou à ce que l'on poursuit un but de publicité ou à ce que l'on a besoin pour la validité de l'acte de l'approbation de l'autorité publique: il est possible que le *mallus* et le roi aient eu à l'origine un rôle actif (2), mais le silence de la loi donne à supposer que leur assistance était devenue passive. Il est plus difficile d'expliquer l'intervention d'un tiers (3). Elle se comprendrait à merveille si, comme on l'a prétendu (4), le tiers ne devait remettre les biens dont il avait été investi qu'après la mort du disposant: on verrait là un procédé imaginé : 1° pour tourner la règle qui prohibe les dispositions faites pour après la mort, car tout se passerait entre vifs; 2° et en même temps pour permettre au disposant de conserver jusqu'à son décès la jouissance de ses biens, car le tiers qui les reçoit est un ami complaisant qui n'a aucune raison pour les garder et promettre de les laisser au disposant. Par malheur, cette opinion séduisante est condamnée par le texte de la loi Salique ; il n'est pas dit, en

la personne interposée : le déguerpissement. Ci-dessus, p. 307, t. II. Ce serait là une lacune intentionnelle; en ne délaissant pas ses biens, le disposant se réserverait la faculté de les conserver. R. Caillemer, p. 258. Ci-après, *Donationes post obitum*, Exécution testamentaire. Mais le déguerpissement n'est point mentionné non plus de la part de la personne interposée. Et de plus, les héritiers du disposant ne pourraient-ils pas se faire une arme du défaut de déguerpissement pour écarter le bénéficiaire.

(1) *Sessio* d'une durée indéterminée; par la suite, *sessio triduana* (3 jours et 3 nuits). Geffcken, 182 (bibl.).

(2) Lambert, p. 30 (bibl.). Testament *catalis comitiis*, cf. Girard, *Man. de dr. rom.*, p. 789, 3e éd. A. Unterwalden, homologation des actes de dernière volonté par l'autorité publique. Lardy, *op. cit.*, p. 263. Huber, IV, 609. Stat. d'Ivrée (XIVe s.) dans *L. munic.*, I, 1134. Cf. ci-des., droits des *vicini* et du roi.

(3) Cf. à Rome, *familiae emtor*, fidéicommis.

(4) Heusler, *op. cit.*

effet, que la restitution sera opérée dans l'année du décès du disposant, mais on déclare qu'elle aura lieu dans l'année, ce qui ne peut s'entendre que de l'année qui suit le fait dont on parle, c'est-à-dire la transmission des biens à la personne interposée. Pour nous, nous proposerons, à titre de conjecture, l'explication suivante (1). L'affatomie émanera la plupart du temps, comme le *thinx* lombard, d'un vieillard sans enfants, désireux d'avoir auprès de lui quelqu'un pour gérer ses intérêts et pour lui donner les soins que son âge réclame, pour lui tenir lieu de fils. Il n'atteindrait pas ce but s'il ne lui transmettait pas son patrimoine de son vivant, car, la représentation n'étant pas admise, l'héritier désigné ne pourrait accomplir aucun acte relatif aux biens du disposant. Mais comment opérer cette indispensable transmission ? *a*) Le bénéficiaire peut être absent au moment où le disposant s'y résout. En ce cas, la transmission directe n'est pas possible, et cependant l'acte ne souffre peut-être pas de retard, parce que le disposant est exposé à un danger de mort ou sent venir sa fin. L'interposition de personne se trouve ici nécessaire. Mais ce cas ne nous semble pas avoir été le plus fréquent. *b*) D'ordinaire, le bénéficiaire était présent ou s'il était éloigné, l'acte pouvait être retardé jusqu'à son retour. Ici,

(1) L'interposition de personnes ne serait-elle pas destinée à tourner la loi et à permettre de disposer au profit d'incapables? — Pour Schrœder, p. 334, la présence d'un intermédiaire dans la loi Salique s'expliquerait comme celle du *gisel* dans le *thinx* lombard; mais celle-ci est déjà difficile à comprendre, car l'adoption par la remise des armes s'opère d'habitude sans intermédiaire (ci-dessus, p. 144, t. II; cf. cep. Girard, *Man. de dr. rom.*, p. 115, 173; affranchissement *per quartam manum* chez les Lombards); l'affatomie salique a plutôt un caractère patrimonial, et le tiers interposé prend possession des biens du disposant; peut-être pourrait-on dire que le *gisel* acquiert aussi du père naturel la puissance sur la personne de l'adopté et qu'il la transmet au père adoptif. — D'après R. Schmidt, p. 73, la prise de possession effectuée par un intermédiaire serait une mise en demeure adressée aux tiers qui ont des droits à faire valoir sur les biens du disposant (c'est-à-dire aux parents de celui-ci); on les sommerait en quelque sorte de se présenter au *mallus* pour y élever leurs réclamations sous peine d'être forclos. Mais on ne voit pas en quoi la présence d'un intermédiaire serait nécessaire pour atteindre ce résultat. Il est vraisemblable qu'il existe un lien entre le délai de douze mois prévu pour la restitution des biens et l'ancienne tenure annale. *Ante XII menses* ne peut guère signifier *au bout de l'an*, et cependant on songe à cette traduction, parce que l'expiration de ce délai éteint les réclamations possibles des parents ou du vrai propriétaire. Peut-être, à l'inverse, a-t-on voulu dire que l'intermédiaire ne devait pas garder les biens pendant une année entière, parce qu'alors il en aurait acquis la propriété incommutable.

la présence de l'intermédiaire se justifiait par trois motifs : 1° Son intervention servait à prévenir les tiers que le disposant se dessaisissait de ses biens ; si celui-ci s'était contenté de traiter directement avec le bénéficiaire, s'il l'avait appelé auprès de lui pour qu'ils vécussent ensemble, la situation n'aurait pas été nette ; l'installation du tiers dans la maison du disposant montrait à l'évidence que celui-ci s'était dépouillé ; 2° Il devait s'intéresser au maintien de la disposition et en était moralement responsable ; 3° Le disposant s'ôtait le droit de revenir sur l'acte en l'effectuant publiquement et par intermédiaire. — Quoi qu'il en soit, à partir de la transmission effectuée à son profit, le bénéficiaire se trouvait, par rapport au disposant, dans la situation d'un fils ; il était constitué héritier (*heredem appellare*) (1). Tout porte à croire que le titre ainsi conféré était irrévocable (sauf le cas d'expulsion de la famille, comme pour un fils légitime) (2). L'affatomie salique semble avoir promptement disparu de la pratique, car les actes francs ne mentionnent pas ses formalités ; elle dégénéra en transmission directe, c'est-à-dire en simple tradition (3), et se confondit avec les donations à cause de mort ou les pactes successoraux dont il va être question (4). Peut-être cependant l'intermédiaire de l'affatomie se retrouve-t-il dans l'exécuteur testamentaire des premiers temps ou, tout au moins, le précédent de la loi franque a-t-il contribué à faire accepter dans la pratique l'exécution testamentaire.

3. — **Pactes successoraux** (5). — En guise de testament, le

(1) *Rib.*, 48, 49. *Cap. l. Rib. add.*, 803, 8. *Roth*, 174.

(2) Comment contraindre l'intermédiaire à s'exécuter?

(3) *Rib.* : 48 : qui n'a ni fils ni filles peut donner toute sa *facultas* en présence du roi soit à son conjoint, soit à un proche, soit à un étranger, sous forme d'adoption à titre d'héritier (*adoptare in hereditate*) ou *adfatimus* par écrit (*scripturarum series*) ou par tradition devant témoins. *Cap. leg. Sal. add.*, 819, 10 : *de affatomie dixerunt quod traditio fuisset.* Textes, ci-contre.

(4) *Rib.*, 49 : *adfatimus* entre conjoints ; le survivant ne peut disposer que pour causes pies ou nécessités pressantes ; après sa mort, les biens à lui donnés font retour aux héritiers légitimes. Cf. Donations entre vifs, douaire.

(5) Hubner, *Donat. post. obitum*, 1888 (*Unters.* de Gierke), p. 14, bibl. ; p. 3, aperçu des théories antérieures. Beseler, *Erbvertr.*, 1835. Heusler, *Gewere*, 1872 ; *Instit.*, 2, 625. Lœning, *Deutsch. Kirchenr.*, 2, 655, 751. Cf. Stobbe, 5, § 298 et suiv. Schroeder, Huber, *loc. cit.* Glasson et M., 2, 315. Glasson, 3, 176. *Add.*, ci-après, Exécution testamentaire. Auffroy, 402. Huber, 4, 608.

droit de l'époque franque use surtout de contrats ou, pour mieux dire, d'aliénations entre vifs conférant *hic et nunc* des droits irrévocables, mais dont l'exécution définitive est reportée au décès du disposant ; tels sont les rappels à succession (1), institutions contractuelles, dons mutuels entre époux (2), donations *post obitum*, avec réserve d'usufruit ou de précaire. Les premiers de ces actes présentent une grande affinité avec la primitive *adoptio in heredem* (3). Les autres se rapprochent davantage des donations entre vifs d'un objet particulier, quoiqu'elles portent le plus souvent sur un ensemble de biens ; donation *post obitum* (4) ou donations avec réserve d'usufruit (5), c'étaient toujours des traditions ; et comme elles s'adressaient d'ordinaire à une église ou à un monastère, le donateur procédait par voie de *traditio cartae*, par exemple en déposant l'acte de donation sur un autel ou sur la châsse d'un saint (6) ; le bénéficiaire acquérait les biens du disposant, mais ne pouvait exercer ses droits qu'au décès de ce dernier ; c'était celui-ci qui continuait à les détenir et à en jouir. Que la donation fut faite *post obitum* ou avec réserve d'usufruit, le résultat était le même ; le disposant retenait la propriété viagère des biens transmis (7), le gratifié acquérait une propriété future, une expectative ferme

(1) Ci-dessus, p. 592, 601, t. II. Ci-après. Rozière, *Form.*, n°s 130 et suiv. : *hereditoriae*. Auffroy, p. 215.

(2) Demuth, *Wechselseitig. Verfüg. von Todesw.*, 1901 (*Unt.* de Gierke).

(3) Par exemple la fille rappelée à succession acquiert les droits d'un fils.

(4) Hübner, p. 11 (sources) et *passim*. Rozière, *Form.*, 212 et suiv. *Cart. de Redon*, n°s 137, 140, 149, etc. D. Vaissète, V, *passim*.

(5) *Possidere usufructuario ordine, sub usu beneficio*, etc. Marculf., 2, 3, 5. Ex. dans Hübner, p. 76 et suiv. Précaire, bénéfice. Rozière, n°s 319 et suiv. Cf. La Précaire, t, I. *Add.* Bondroit, *Les precariae verbo regis*, 1900. La réserve d'usufruit peut être faite au profit du disposant, de sa veuve, de ses enfants.

(6) Ci-dessus, p. 197, t. II. La tradition *per cartam* semble se suffire à elle-même sans déguerpissement, sans mise en possession. Les formules portent *trado* sans mentionner le *se exitum dicere*. *Alam.*, 1. *Bai*, 1. Caillemer, 313.

(7) Hübner, p. 149, oppose systématiquement ces deux sortes d'actes, mais les documents les distinguent mal, et leur effet pratique est le même. Le donateur qui possède les biens donnés peut abuser de sa situation pour les transmettre à des tiers ; mais, dans ce cas, les gratifiés, tout comme les parents, ont un délai d'an et jour pour se plaindre. Ci-dessus, p. 292 et suiv., t. II. En cas de prédécès du donataire, ses héritiers ne bénéficient de la donation que par exception. Ci-après, Donations entre vifs. Ass. de Jérus., *C. des B.*, 116. Heusler, 2, 635, n. 9. R. Caillemer, p. 274.

à laquelle on ne pouvait porter atteinte (1). Afin de mieux marquer les droits du gratifié, un cens lui était souvent payé par le donateur (2). Il y a là un exemple remarquable de cette propriété limitée, à temps, que l'ancien droit organise dans des cas nombreux, par exemple au profit de l'engagiste, du baillistre, de la douairière, du bénéficier, et d'autres encore (3).

4. — **Dipositions pro anima et part du mort** (4). — Dans la Germanie païenne semble avoir existé l'usage de partager par tiers le mobilier du défunt : un tiers pour la veuve, un tiers pour les enfants, un tiers pour le mort. Les objets qui composaient ce dernier tiers étaient brûlés ou ensevelis avec le cadavre, de manière à lui servir dans sa vie d'outre-tombe. Après la conversion au christianisme, la division par tiers persista longtemps et en beaucoup de lieux : mais la destination de la part du mort changea ; elle fut employée en œuvres pies, *pro remedio animae;* ce fut la part de l'Eglise (5). Elle lui était attribuée soit par des donations du genre de celles dont il vient d'être question, soit par des déclarations unilatérales faites par un malade sur son lit de mort, alors qu'il lui était, en fait, impossible de procéder à des donations (6) ; mais au dixième,

(1) Le donateur pouvait se réserver le droit de revenir sur sa libéralité, non pas à son gré, mais s'il survenait un événement déterminé, s'il survivait à tel fait, s'il avait un fils. Heusler a soutenu que, même en l'absence de ces réserves, le donateur n'était pas lié (cf. don. *mortis causa* à Rome), *Gewere*, p. 472, mais dans ses *Inst.*, 2, 121, il semble revenir sur cette idée et considérer comme irrévocable le droit du gratifié. Dans ce sens, Hübner, p. 47. La tradition *per cartam* ayant eu lieu régulièrement, il est clair que le disposant s'est dépouillé d'une manière complète. Sur les confirmations (*renovationes*, *iterationes*), cf. *ibid.*, p. 57. Brunner, *Urk.*, p. 266. Sur les Capit. 803, 6 et 818, 819 (I, 113 et 280), v. Brunner, *Urk.*, 278. Hübner, 63. R. Caillemer, 371. Ci-dessus, p. 202, t. II.

(2) Hübner, p. 116.

(3) Sur cette conception d'une propriété limitée, d'une propriété viagère distincte de l'usufruit romain, cf. ci-dessus, p. 244, 361, 629, t. II. *Add.* Heusler, 2, 13. Huber, *Gewere*, 54. Champeaux, *Vestitura*, 146. R. Caillemer, 338.

(4) Brunner, *ZSS.* 1898, *GA*, 107 (*Todtentheil*). *Akad. Berlin.*, 1849, 191. Tuteurs des morts, R. Caillemer, 360.

(5) Nov. de Léon. Zachariae de Lingtenth., *Gesch. d. griech. röm. R.*, p. 116. Dr. sicilien, Brandileone, *Dir. rom., n. leggi normanne*, 1884, p. 136, et Statuts italiens, Tamassia, *Arch. giur.*, 1885, p. 5, n. 2. *Ass. d'Antioche*, ch. I, p. 49. Dr. anglo-normand : Gl. de la *Summa*, c. 31, f° 37b, ed. du *Gr. C. de Norm*, de 1523 (citée par Brunner). *C. de Norm.*, 1583, 392, 418. *TAC. Norm.*, 5, 4, 5. *TAC. Bret.*, 207. Blackstone, 2, 33. Même usage chez les Scandinaves, les Russes.

(6) *Seelgeräte* (*animae consulitur*), *Geschäfte*, *Gemächde*. Auffroy, 350.

au onzième siècle, ces dispositions ne sont efficaces que grâce à l'intervention d'exécuteurs testamentaires. C'est sous cette forme de l'*aumône*, du legs pieux que le testament reparaît dans la pratique chrétienne, comme le complément de la confession *in extremis*.

5. — Les **exécuteurs tetamentaires** (1) inconnus de la législation romaine, mais non du droit byzantin (2), apparaissent dans les actes francs du huitième siècle (3) et, à partir de cette

Heusler, 2, 642. Stobbe, 5, 205. Pollock et M., 2, 316. Auffroy, p. 406, cf. 350. 603, montre combien on se trouva embarrassé pour réaliser ces libéralités *in extremis* le transfert de propriété ne pouvant s'opérer par la seule volonté du *de cujus*; ses héritiers avaient à l'exécuter. Clauses pénales, peines canoniques contre eux. Cf. Zachariae, *de Ling*, p. 180. D'un autre côté, les dispositions prises au lit de mort sont suspectes. Glauv., 7, 1, 4 nullité si elles portent sur des terres). *Sachsensp.*, 1, 52, 2. Cf. Liutpr., 6. Heusler, 2, 198.

(1) Bibliographie dans R. Caillemer*, *Origines et développement de l'exécution testamentaire* (époque franque et moyen âge), 1901. Ci-dessus, p. 495, t. II.

Tract. univ. jur., t. VIII (J. a. Canibus, etc.). Savigny, *Hist. du dr. rom. au moyen âge*, t. V, § 130 (ms. de Jac. de Arena). R. Caillemer, p. 695 (dr. rom. et dr. can). — Loisel, 312, 314. Pasquier, *Inst.*, p. 474. Laurière, Ferrière, s. 297, Paris. Ricard, *Don.*, 2e p., c. 1 et sniv. Furgole, *Test.*, 10, 4. Pothier, éd. B., 8, 282. Bourjon, *Dr. comm*, éd. 1770, t. II, p. 373. Ragueau, Ferrière, Guyot, *h. v°*. Britz, 760. Argou, 2, 18. Guénois, *Coutumes*, 2, 14.

Lammer, *Recht d. treuen Hand*, 1875. Le Fort, *Exécuteurs testamentaires*, 1876. Ed. Lambert, *Exhérèd.*, p. 325; *Trad. romaine sur la succ. des formes du test.*, 1901. Schultze, *Langobard. Treuhand*, 1895 (*Unters*, de Gierke); c. r. *KVJ*, 1897, 328. Ci-dessus, p. 496, t. II. E. V. Williams, *Law of executors and administrators*, 1893, 9e éd. Pollock et M., 2, 332. M'Laren, *Law of wills* (Ecosse), 3e éd., 1894. Schrœder, 740. Heusler, 1, 215; 2, 652. Stobbe, 5, 260. Beseler, *ZfDR*, IX, 144. Pertile, 4, 31. Palumbo, 377. Auffroy, 307 et suiv.

(2) Zachariae de Lingenthal, *Gesch. d. griech. röm. R.*, p. 138 (2e éd.). Cod. Just., *de episc.*, 28, 48. Nov. 131, 11. Cf. Dig., 17 et 88, *de leg.*, II; *ad. Sc. Treb.*, 78, 1; *mand.*, 12 et 13. Nov. de Léon le Philos. de Manuel Comnène. Elle se retrouve dans le droit musulman. Hedaya (XIIe s.), 52, 7. R. Caillemer, 680. Lambert, 15 (bibl.).

(3) Dénominations. — *Eleemosynarius*, homme charitable, moine distribuant les aumônes aux pauvres, exécuteur testamentaire chargé de faire des fondations pieuses (IXe s.), *aumosnier* (XIIIe, XIVe s.), *Wadiator*, *Gadiator* (Xe, XIe s.), allusion à leur nomination par le *wadium : gagiers* (XIIIe s.). *Fidejussor*, *tutor* (Xe, XIe s.); *spondarius* (tuteur testamentaire ou exécuteur), Toulouse, 6, 82, 83. *Vormund*, *momper*, *advocatus*; *salmann* (ci-dessus, p. 495, t. II), *manufidelis* (*Treuhänder*), Allemagne, *feumain*, Flandre, *Erogator*, distributeur des biens, *dispensator* (VIIIe s.), *distributor*, *fideicommissarius* (Xe s.) et (abrév.) *commissarius*. *Executor* (XIIe s.). En Espagne, *cabeçalero* (*cabeça* = fonction). Thévenin, *Textes*, table, *h. v°*.

époque, figurent presque dans tous les testaments (1); il en est encore question dans le Code civil, art. 1025. On a cherché à cette institution des précédents romains (2) ou germaniques (3); mais si ces derniers surtout en ont facilité la formation, il n'en est pas moins vrai qu'elle doit toute son importance aux idées religieuses (4) et qu'elle a été réglementée par la jurisprudence des Cours d'Église et par le droit canon. Elle a servi à réaliser les donations *pro anima*. Le testament romain avait disparu, et avec lui l'héritier institué chargé d'exécuter les dernières volontés du défunt. Comme on ne pouvait compter sur les héritiers *ab intestat* et que les moyens de contrainte faisaient défaut contre eux, par exemple lorsque le disposant s'était contenté d'une déclaration de volonté unilatérale (5), on prit le parti de recourir à l'interposition de personnes : de son vivant, le disposant cédait ses biens pour la forme à des tiers (aumosniers, exécuteurs, cf. *Salmaunen*); il les conservait *en fait*, en gardait la jouissance ; mais ceux-ci en devenaient propriétaires et étaient chargés de les transmettre après sa mort (6) à une

Du Cange, *ibid.* — Cf. le *mund* du testament anglo-saxon ou *cwide*. Pollock et M., *loc. cit.*

(1) Voy. par exemple Tuetey, *op. cit.* — Textes. G. Durand, *Spec.*, 2, 2, 13. Beaum., 12, 26 et suiv. P. de F., 488. *Olim*, table, v^is^ *Execut., Eleemos. Summa Norm.*, 59, 12, et table, v° *Eleemosina*. Glanv., 7, 6. Bout., 1, 17 et 20. Masuer, 30, 39 (bibl.). Loisel, 314. *Siete Part.*, 10, 10. *Baumgartenberg. Formelbuch* (XIII^e^ s.), dans *Fontes Rer. Austr., Diplom.*, 25, 1866.

(2) Deutsch, *Vorläufer d. heut. Testamentsvollstrecker in röm. R.*, 1899. Collinet, *NRH*, 1894, 573.

(3) Cf. l'intermédiaire dans l'affatomie, ci-dessus, p. 496, 648, t. II. Voy. dans Lambert, p. 75, une comparaison avec le *surrender to use of will* des *cophyolds* en droit anglais.

(4) Si impérieuse parut la nécessité de l'exécution testamentaire dans les idées religieuses du moyen âge, qu'à défaut d'exécuteurs testamentaires (faute de désignation, Desm., 68, 328. *Siete Part.*, 6, 10, 5; mort ou refus, *Capit. ital.*, 790, I, 93; Beaum., 12, 1, 27, 60; destitution, etc), l'évêque devient un **exécuteur légal** et, s'il ne pouvait pas remplir lui-même sa fonction, désigna un **exécuteur datif** pour le remplacer (cf. tutelle légale ou dative). Du temps de Beaumanoir, 12, 27, les autorités civiles étaient aussi compétentes. Ass. de Jérus., *C. des B.*, 185. En Angleterre, les Cours d'Église désignent un administrateur *cum testamento annexo*. Blackstone, 2, 32. *Summa Norm.*, 19, 6.

(5) Cf. Salmann, p. 1445. Autres cas où la nomination d'un exécuteur est indispensable : *a*) Surpris par la mort, on n'a que le temps de choisir un ami pour faire tradition *super altere*; *b*) on veut que la disposition soit faite le jour des funérailles (idées païennes). On trouve aussi des donations à cause de mort par personne interposée.

(6) Quelquefois exécuteurs entre vifs.

église ou à un monastère, de faire des aumônes pour racheter ses péchés, assurer à son corps une sépulture honorable et à son âme le salut éternel. — Le rôle purement religieux, à l'origine, des exécuteurs, se développa lorsque le testament reparut dans la pratique et que l'on ne se borna plus à des dispositions *pro anima* (1); ils payèrent les dettes, réparèrent les dommages causés par le défunt (*male ablata*, torts faits), désintéressèrent ceux qui élevaient des plaintes (*clamores*) contre lui (2), acquittèrent les legs, défendirent la validité du testament (3), et non contents d'être des liquidateurs (4) et comme des tuteurs de la succession, on les vit devenir parfois les tuteurs testamentaires des enfants mineurs du *de cujus*. L'institution prenait ainsi un aspect laïque ; on comprend que les juges seigneriaux aient disputé aux officialités la connaissance des exécutions testamentaires jusqu'au jour où, la sécularisation s'achevant, les Cours d'Eglise perdirent toute compétence en la matière (seizième siècle) (5). — Une fois qu'on se fut habitué à faire passer l'ensemble du patrimoine à des légataires par l'intermédiaire des exécuteurs, l'institution d'héritier au sens romain rentra dans les habitudes. De ce moment date le déclin de l'exécution testamentaire. Créanciers et légataires étaient suffisamment armés contre la mauvaise volonté des héritiers, et comme les biens passaient directement à ceux-ci, c'était à eux qu'appartenait, semble-t-il, de payer dettes et legs (6).

(1) On peut charger un tiers de tester pour soi (*testament par commissaire*), mais le droit canon décidait que ce tiers n'avait qu'un droit, attribuer les biens de la succession aux pauvres ou les répartir pour causes pies. **X**, 3, 26, 13; 5, 40, 18. Pertile, 4, 44. *Fuero Real*, 3, 5, 6, *L. de Toro*, 32. F. de Vizcaya, 21, 3. Angleterre : Jean sans Terre, 1216; Fleta, 2, 62, 13. Britton, 28. France : *Bullet. hist. et phil.*, 1898, p. 376 (a. 1286). Desm., 49. *TAC. Bret.*, 326. Masuer, 33, 38. Furgole, *Test.*, 10, 4, 51. Pertile, 4, 45. Pasquier, *Doc. rel. à Boussagues*, p. 29.

(2) R. Caillemer, p. 74. Ci-dessus, p. 641, t. II.

(3) En Angleterre, le premier devoir des exécuteurs, après avoir fait procéder aux funérailles du testateur, est de faire vérifier son testament par le juge (*probatio*; de là la *Cour of probate*, 1857, fondue en 1875 dans une Cour suprême unique). Sur le continent, la vérification et les formalités de publicité du testament sont surtout à la charge du notaire et de l'héritier. Ci-après.

(4) Beaum., 12, 31, 58 : procédure de liquidation. *Olim*, 2, 255, etc. Cf. Blackstone, 2, 32.

(5) Loisel, 316. Pasquier, 472. Pithou, *Lib. de l'Egl. gall.*, 24, 25. Conc. de Trente, s. 22 c. 7.

(6) *Gr. C.*, p. 369 (ils exécutent le testament moyennant caution). Brac-

L'exécution tomba en désuétude dans les pays de droit écrit; elle se maintint dans les pays de coutumes où l'institution d'héritier pénétra difficilement et où les hoirs du sang cherchaient à éluder les clauses du testament qui les dépouillaient, mais le rôle des exécuteurs se borna au payement des legs. Ils n'ont pas disparu dans le droit actuel (L. 7 niv. an V. C. civ., 1025) (1).

Les droits et les pouvoirs de l'exécuteur ont varié avec son rôle (2). L'exécuteur primitif est un quasi-héritier; il devient propriétaire (3) des biens du testateur par voie de tradition (4); au décès, la possession lui arrive de plein droit, il a la saisine, perçoit et gagne les fruits, paye les legs et les dettes avec les meubles, transmet la propriété des fonds de terre aux légataires (5). Avec des droits aussi étendus, les abus étaient à redou-

ton, f° 407b : actions pour et contre les héritiers et non contre les exécuteurs. Beaum., 12, 2 : les héritiers leur disputent la saisine.

(1) Cf. légataires chargés de transmettre les biens du défunt à des établissements de bienfaisance, de créer des œuvres, etc. Aug. Comte charge treize exécuteurs de veiller sur son œuvre spirituelle, et l'un d'eux, P. Laffitte, la continue.

(2) On a souvent regardé les exécuteurs comme des mandataires agissant au nom du *de cujus* : mais la vérité est qu'ils agissent en leur nom personnel et sont investis de pouvoirs propres (cf. tuteurs). L'ancien droit germanique n'admettait pas la représentation, p. 493, t. II. ci-dessus. R. Caillemer, 131. Depuis la renaissance du testament, alors que les aliénations par mandataires sont permises, il y a tendance, chez les romanistes et les canonistes à faire de l'exécuteur un mandataire *post mortem*, sans que cette tendance soit pleinement réalisée; ainsi l'exécuteur a conservé la saisine des meubles. Beaum., 12, 26 : ils représentent la personne du mort. **X**, 3, 26, 19. Ci-des., p. 496, t. II. Auffroy, 367.

(3) La nature du droit des exécuteurs est d'autant plus difficile à fixer que leurs pouvoirs varient beaucoup; tantôt ils sont chargés de distribuer à leur gré les biens du testateur, tantôt l'acte de nomination limite leurs droits, tantôt ils ne reçoivent que des biens particuliers, et tantôt ils sont exécuteurs universels.

(4) Faut-il dire, comme nous l'avons fait, p. 496, t. II, à propos du *Salmann*, que le disposant retient des droits sur ses biens en faisant une tradition sans déguerpissement (*resignatio*)? Heusler, I, 218. R. Caillemer, 258. Ou bien rejeter cette idée, quoique conforme à la plupart des textes (*Cart. Sen.*, 7, 34, 30. *Secus*, test. d'Acfred, 928, dans Baluze, *Capit.*, 2, 1532), parce que ces droits passeraient alors aux héritiers et que la *traditio cartae* est complète, à elle seule (sans même le *se exitum dicere*)? Cf. affatomie, donation *post obitum*. La *lex traditionis* est-elle opposable aux tiers? — *Gr. C.*, p. 233 (le testateur se dessaisit par la tradition du testament). Cf. Beaut.-B., *Cout. de l'Anjou*, IV, 231. Caillemer, 324 et suiv. — De la tradition vient le mot *Salmann*. Ci-dessus, p. 308, t. II.

(5) La saisine de l'exécuteur est-elle transmissible à ses héritiers? Tex-

ter. Comment les prévenait-on ? Le défunt choisissait l'exécuteur parmi ceux de ses parents ou de ses amis dont il était sûr. Pour conjurer les chances de mort et organiser un contrôle, il nommait d'habitude plusieurs exécuteurs (1). L'obligation de conscience dont ils étaient tenus se doublait sans doute d'un engagement valable aux yeux de la loi civile (*fides facta*). Enfin les autorités religieuses et civiles ne restaient point indifférentes à leur gestion ; l'évêque, le juge la surveillèrent : on limita leurs pouvoirs, on les obligea à se munir d'autorisations pour les actes graves, on exigea d'eux les garanties dues par les tuteurs (2), inventaire, caution, parfois serment, reddition des comptes (3). A partir du douzième siècle, avec la renaissance du testament, on ne leur fait plus tradition des biens héréditaires, mais ils sont nommés par testament (4) et tendent à n'être plus que des mandataires posthumes avec des pouvoirs particuliers dérivant de leur situation ancienne (5). Leur saisine se restreint aux meubles ; elle ne dure que pendant l'an et jour du décès ; elle comporte les prérogatives possessoires, mais on ne peut pas dire qu'elle soit, comme autrefois, l'expression du droit de propriété, car elle n'exclut pas celle de l'héritier (6).

tes contradictoires. Oui, en droit anglais. Non, en droit canon et d'après les Coutumes. Le mandat ne passe pas aux héritiers du mandataire. Beaum., 12, 28.

(1) Pluralité d'exécuteurs : en principe, on exigeait de leur part une action collective ; mais des clauses dérogèrent à cette règle, et l'on finit par admettre le pouvoir pour chacun d'eux d'agir seul. Beaum., 12, 58. Pasquier, *Doc. rel. à la seign. de Boussagues*, p. 40. *Joint tenancy* en droit anglais.

(2) Les fonctions de l'exécuteur sont : 1) gratuites, mais il est d'usage que le testateur lui légue quelque chose ; 2) facultatives (office d'ami plutôt que fonction publique), mais une fois qu'on les a acceptées, on ne peut les abandonner comme ferait un mandataire. Glose s. Cod. Just., 1, 3, 28. Bartole, s. Dig., 31, 1. Beaum., 12, 26, 57. *TAC. Bret.*, 324.

(3) Beaum , 12, 29 et suiv. *Gr. C.*, 2, 40. Desm., 50, 71, 121. Loisel, 314 et suiv. Le reliquat appartint d'abord aux exécuteurs chargés de le distribuer à leur gré en aumônes (Joinville, *Hist. de saint Louis*, 34. *Siete Part.*, 6, 10, 13), puis à l'héritier (Beaum., 12, 33, 56). En Angleterre, le résidu est devenu la propriété de l'exécuteur. Blackstone, 2, 32.

(4) Déjà, à l'époque barbare, en Italie, en Septimanie, en Catalogne (*Wis.*, 2, 5, 10 et suiv. Nov. Valent., III, 4, 2), le testament persiste et les exécuteurs sont nommés sans tradition. Testaments des clercs. — Cf. Schulze, p. 151 et s.

(5) Grande importance encore en Angleterre, Allemagne.

(6) Loisel, 314. Beaum., 12, 2, 14 (meubles et immeubles). Paris, 297. Orl., 290. Dumoulin, s. Paris, 95 : *non est verus possessor et nisi procura-*

6. — Le **testament** proprement dit (1), acte unilatéral, souvent secret, toujours révocable, portant disposition pour après le décès des biens présents et futurs, reparurent enfin vers le douzième siècle (2), sous la pression des besoins pratiques et à la suite des changements généraux subis par la législation (atténuation des droits de la famille et de ceux du seigneur); la renaissance du droit romain ne fit que faciliter une évolution qui se serait accomplie indépendamment d'elle. D'acte religieux

tor tantum. Pasquier, *Inst.*, 472. — En Angleterre, la saisine a toujours été restreinte à la *personal property* (sauf depuis 1897), mais elle n'est pas limitée à un an; au contraire, ce n'est qu'au bout d'un an qu'on peut exercer des mesures de contrainte contre les exécuteurs. Sur le continent, la durée de la saisine n'est plus que d'un an, à partir du treizième siècle (G. Durand, 89; cf. ses *Const., Acad. sc. Montp.*, 1900, p. 109); ceci a été admis dans l'intérêt des héritiers, par l'effet de clauses particulières. L'Eglise s'est accommodée de ce résultat parce qu'elle cherchait à assurer une exécution rapide du testament et qu'elle imposait déjà aux exécuteurs des délais assez brefs. Cf. Caillemer, p. 418. Sur l'emploi, au gré des exécuteurs, des revenus des prébendes pro luits dans l'année du décès du titulaire (*annus gratiae*), cf. *ibid.*, p. 412. Prov. allemand : *Le prêtre vit un an après sa mort.*

(1) Série de testaments depuis l'époque barbare dans les Cartulaires et autres recueils. L'authenticité de quelques-uns est discutée (par exemple celui de Saint Césaire d'Arles, petit test. de saint Remy : *N. Archiv*, 1899; *Rev. bénédict.*, id.). On en trouve beaucoup dans les Preuves de l'*Hist. de Languedoc* de D. Vaissete, etc. Thévenin, *Textes*, nos 76, 99, etc. Du Cange, v° *Testamentum*. Tuetey, *Test. enreg. au Parl. de Paris sous Charles VI*, 1880 (Doc. inéd.). Molard, *Test. des XII*e*, XIII*e*, XIV*e *s.* (Arch. de l'Yonne), *Bull. du Comité des trav. hist.*, 1884, p. 224. *Rhdr.*, 14, 529, etc. *BCh.*, 1, 3, 282. Pasquier, *Doc. rel. à la seign. de Boussagues*. 1901. Test. de Philippe-Auguste, de saint Louis, etc. Isambert, Table, *h. v°*. Beaum., 12, 58 (modèle). Bout., p. 873, etc. Auffroy, p. 679 (et *passim*). R. Caillemer, p. 687 (bibl.). Heulhard, *Rabelais légiste et le testament de Cuspidius*, 1888. Girard, *Textes*, p. 722 et suiv. Engelmann, *Les test. coutumiers au XV*e *s.*, 1903 (Thèse).

(2) Saint Paul, *ad Hebr.*, 9, 16. Sur la renaissance du testament, cf. Auffroy, p. 423. R. Caillemer, p. 288, 313. *Cart. de Cluny*, V, 109 (a. 1100), 510; *Saint-P. de Chartres*, II, 370. Yves de Ch., *Decr.*, XVI, 115. Gratien, 2, 12, 5. Le mouvement se dessine plus tôt dans le midi wisigothique; peut-être même n'y a-t-il pas eu d'interruption. *Wis.*, 4, 2, 4; 2, 5; Acte de 1128 qui la reproduit. D. Vaissete, V, n° 499. *L. Burg.*, 43, 60 (cf. *L. Rom. Cur.*, 26, 1 : déclar. *in die mortis*. Tradition dans Marculf., 2, 17. *Carta Sen.*, 42, 45. *L. Saxon.*, 62. *Alam.*, 1. *Bai.*, 15, 10). *Brachyl.*, 2, 19, 32. *Petrus*, 4, 19 (coutume). Sur le droit lombard, cf. *Liut.*, 6. *Aist.*, 3, et sur ces textes, bibl. dans Caillemer, 289. Palumbo, 301. Schultze, 14. Auffroy, 135, 279, 514. Glasson, 3, 177; 7, 540. Droit anglais : Pollock et M., 2, 314 et suiv. (depuis le *cwide* anglo-saxon jusqu'au *will* de caractère moderne). Rymer, *Fœdera*, 1, 47 (Test. de Henri II, 1182). Huber, 4, 608 à 667 (Suisse). Zachariae, *Gesch. d. griech. R.*, p. 124 et suiv.

qu'il était d'abord, le testament, en se développant, se sécularisa à moitié; après avoir recommandé son âme à Dieu, son corps à une église à laquelle on laisse à titre de mortuaire un objet mobilier (par ex. un cheval), organisé ses funérailles, pris des dispositions pour le salut de son âme (fondations de messes, anniversaires, aumônes ou legs pies), le testateur réglait le sort de ses biens à titre universel et particulier. D'importantes conséquences résultèrent de ce changement.

I° Les tribunaux séculiers disputèrent au Cours d'Eglise la compétence en matière de testament (treizième siècle) et finirent par se la réserver d'une manière exclusive (seizième siècle) (1).

II° — La **capacité de tester** ou de **recevoir par testament** fut réglementée d'après les mêmes idées que la capacité de laisser ou de recueillir une succession *ab intestat*, sauf quelques particularités dans le but de mieux assurer la liberté du testateur et de prévenir la captation. Le retour au seigneur des biens par lui concédés à ses vassaux, censitaires ou serfs, fit obstacle à l'exercice du droit de tester, surtout de la part de ces derniers que l'on autorise seulement à disposer de cinq sous pour le salut de leur âme. Les droits d'aubaine, de bâtardise, de confiscation aboutissent à des résultats analogues à ceux de la mainmorte servile (2). Sont encore incapables (faute de patrimoine ou faute de volonté) : morts civils, religieux, fils de famille dans le Midi, mineurs en bail ou en garde dans le Nord, fous, prodigues interdits (3). Dans les pays de droit écrit, l'impubère ne peut tester;

(1) Du dixième au douzième siècle, les juges ecclésiastiques acquièrent la compétence exclusive en matière de testaments, sauf peut-être dans le Midi où, de très bonne heure en tout cas, les tribunaux civils ont une juridiction concurrente. Au seizième siècle, ces derniers redeviennent seuls compétents. Loisel, 316. *Comp. 1ª*, 3, 22. **X**, 3, 26. Sexte, 3, 11. *Cart. de Saint-Pere de Chartres*, t. 2, p. 313 (vers 1100, évêque arbitre); p. 278, 306, 425 (vers 1120, il est juge). *TAC. Norm.*, 1, 57, 2. *Olim*, II, 55, 255, 335. Beaum., 11, 10; 12, 1, 14, 27, 60. J. Le Coq, 93. Bout., 2, 1. Affroy, p. 357, 385, 396, 485. 635. Viollet, 864.

(2) Ci-dessus, p. 614, t. II. — Droits du seigneur, cf. t. I (*mortuarium*, *heriot* anglais, Pollock et M., 1, 293). Pertile, 4, 18. Nombreuses dispositions des chartes municipales accordant le droit de tester. Les aubains peuvent donner entre vifs et non tester.

(3) Ci-dessus, p. 619, t. II. *Brachylogus*, 2, 20. *Petrus*, 1, 26. G. Durand, *Spec.*, 2, 2, 12. Beaum., 12, 3, 45. Toulouse, 147 et suiv. Montp., 54 (fille mariée). Carcass., 40. Auffroy, 526. Cf. *Jost.*, 12, 1, 20, 25. *Et. de saint Louis*. I, 28. 90, 133. *Summa Norm.*, 22, 9. Loisel, 302. Paris, 293 et suiv. Sur la femme

en pays de Coutumes, il faut avoir 20 ans pour tester de ses meubles et acquêts, 25 pour tester du quint de ses propres, au moins dans le dernier état du droit (1). Les incapables de recevoir par testament sont, en général, les gens de mainmorte (2), les conjoints entre eux, les enfants naturels (3).

III° L'**institution d'héritier** du droit romain reparut. *a) Pays de droit écrit* (4). On l'y retrouve vers le milieu du douzième siècle; elle devient promptement d'usage général; il y a des Coutumes locales, comme celle de Toulouse, qui ne la tiennent pas pour nécessaire; mais, au moins au quatorzième siècle, elle est une condition de validité de l'acte (5) et l'héritier institué a droit à une quarte falcidie ou trébellienne (6). *b) Pays de Coutumes.* L'institution d'héritier est encore inconnue du temps de Beaumanoir (7); elle ne vaut pas même comme legs d'après certaines Coutumes du seizième siècle (8); d'autres, par exemple

mariée, ci-dessus, p. 97. t. II Viollet, 866. Bâtards, ci-dessus, p. 135, t. II. Pasquier, 398. Argou, 2, 12. Cf. Blackstone, 2, 32. Stobbe, § 303. Pertile, § 122.

(1) Paris, 293, 294 et coutumes muettes. Bout., I. 103.

(2) Loisel, 75, 76. Edit août 1749. D'Aguesseau, *Œuvres*, t. XIII, éd. Pard. Thèses : Serville, 1898; Mourmant, 1900; Bondroit, *De capac. possid. eccl.*, 1900 (époque mérovingienne). — Les ecclésiastiques peuvent tester, succéder, recevoir des legs, mais non les moines. Loisel, 343 et suiv.

(3) Cf. ci-après, donations. Legs entre époux, Beaum., 12, 4, 10, 22. *Et. de saint Louis*, 1, 118. — Incapacités spéciales, Argou, 2, 12 (Déclar. 1549, etc. Jurisprudence); 2, 15. C. civ., 901 et suiv.

(4) *Petrus*, 1, 16, 18. *Usat. Barchin.*, 76. Montp., 56. Toulouse, 123. Ass. de Jérus., *C. des B.*, 184. Auffroy, p. 489. Cf. Palumbo, 358. Argou, 2, 13, exhérédation. Cf. ci-contre, p. 646, t. II.

(5) G. Durand, *Specul.*, 2, 2, 12, 9. Auffroy, p. 638. Pasquier, *Doc. rel. à la seign. de Boussagues*, p. 15 (a. 1260). Serres, *Inst.*, 2, 14, 26. A la différence du testament, le codicille ne peut contenir d'institution d'héritier; la distinction est faite en pays de droit écrit, tandis qu'en pays de coutumes, le testament n'est, au fond et en la forme, qu'un codicille. Viollet, 900. Pertile, 4, 15. Sur l'usage de la clause codicillaire (*supra*, p. 647, t. II, n. 5), cf. Ferrière, Guyot, *h. v°*. Argou, 2, 17. Auffroy, 603. Pour le droit romain, voy. Girard, p. 850.

(6) *Petrus*, 1, 15. *Brachylog.*, 2, 29 et suiv. G. Durand, *Spec.*, 2, 2, 12, 33; 4, 2, 16. **X**, 3, 26, 18. Ces quartes peuvent, d'ailleurs, être supprimées par testament ou par codicille. G. Durand, 2, 2, 12, 47. Serres, *Inst.*, 2, 22. Argou, 2, 12 (institution de celui des enfants que le conjoint survivant choisira; cf. substitution). Cf. Zachariae de Ling., p. 177. Ci-après.

(7) Ci-dessus, p. 647, t. II. P. de F., 15, 7; 23, 16. *Jost.*, 12, 21, 11 et 15. Beaum., 12, 19. *Layettes du Trés. des Chartes*, 3, n° 3661 (a. 1248). R. Caillemer, p. 207.

(8) Paris, *NC*, 299; cf. *AC*, 120. Loisel, 304, 813. Ferrière, v° *Inst. d'hér.*, Ci-dessus, p. 599, t. II. Bucherellus, *Inst.*, p. 254. Viollet, 899. Navarre, 27, 31 (saisine).

Paris (1580), ne la regardent pas comme indispensable et lui donnent tout au plus les effets d'un legs universel (1).

IV° **Formes du testament.** — A° *Testament canonique* (2). Comme il s'agissait avant tout du salut de l'âme du testateur, la Coutume d'Eglise se montra peu exigeante pour la validité de cet acte. *a)* Elle se contenta d'abord d'une déclaration verbale en présence de deux ou trois témoins (au lieu des sept ou cinq du droit romain): car, d'après l'Evangile, *in ore duorum vel trium testium stet omne verbum* (3). *b)* Le curé du lieu y figurait le plus souvent, puisque le testament était la suite de la confession ; son ministère devint obligatoire ; on vit en lui non seulement un scribe constatant par écrit les dernières volontés du *de cujus*, mais une sorte d'officier public chargé de veiller à la régularité de l'acte et d'en assurer l'exécution (4). Après le décès, une procédure de *publicatio* ou *probatio*, close par un procès-verbal, est fréquemment organisée pour constater officiellement et mettre à l'abri de toute discussion les dernières volontés des mourants (5). Le testament canonique, au moins sous sa forme écrite, fut encore maintenu par l'Ord. 1735, art. 25, dans les lieux où les Coutumes l'autorisaient (6), mesure justifiée par les nécessités pratiques, car beaucoup de localités ne possédaient pas de notaires et, en cas d'urgence, force était de tester par devant le curé sous peine de ne point tester du tout. En dehors de ces cas, il faut convenir que tant de simplicité

(1) Sur les legs particuliers, cf. p. 653, t. II. Pothier, 8, 138. Hypothèque tacite des légataires, L. 1, Cod. Just., *Comm. de leg.* Ci-dessus, p. 575, t. II. Ferrière, *h. v°* (bibl.). Legs de la chose d'autrui, Beaum., 12, 46. Argou, 2, 15. Accroissement, *ibid.* Fleury, *Inst.*, I, 313 et suiv. Masuer, 24. Bout., 1, 105.

(2) Thomas, *op. cit.* Viollet, 895. Glasson, 7, 541. Auffroy, 441. Cf. *L. Wis.*, 2, 5, 10 et suiv. Tardif, *Dr. privé au XIII° s.*, p. 66. Blackstone, 2, 23, 32.

(3) Saint Matth., XVIII, 16. Gratien, 2, 13, 2, 4 : *ultima voluntas defuncti modis omnibus conservetur.* **X**, 3, 26, 4, 10 (Alex. III, 1170). Toulouse, 123. *Petrus*, 4, 10. Montp., 52. Carcass., 38. Ass. de Jér., *C. des B.*, 184, 201. Beaum., 12, 9, 40. *Gr. C.*, 2, 40. Pasquier, *Inst.*, p. 446. Ord. mai 1579. Loisel, 301. Palumbo, 373.

(4) Conc. Albi, 1244, c. 37 (Labbe, XI, 2370).

(5) Treizième siècle. Cf. *L. Wisig.*, 2, 5, 12. D. Vaissete, 8, 1293 (a. 1251). Conc. Avignon, 1279, c. 14, etc. G. Durand, *Spec.*, 2, 2, 12, 9. Ci-dessus, p. 655, t. II. Auffroy, 448, 519, 599, 656. Stobbe, 5, 37. Pollock et M., 2, 339. Cf. publicité en Italie, Pertile, 4, 30. Paris, 293 (registres des baptêmes, mariages, testaments et sépultures). *Lib. instrum. memor.* (Montp.), p. 194 et suiv.

(6) Dépôt de l'acte chez le notaire du lieu après le décès.

pour un acte aussi grave était pleine d'inconvénients, parce qu'elle laissait le champ libre aux fraudes et aux abus. Tout l'effort de la législation civile tendit à l'entourer de formalités, c'est-à-dire de garanties de sincérité. — B° *Dernier état du droit* (1). Les formes du testament ne sont pas les mêmes en pays de droit écrit et en pays de Coutumes (2); l'Ordonnance d'août 1735 (3) conserva sur ce point une réglementation en partie double (4) : 1° **Testament olographe** (5) le plus simple de tous, puisqu'il suffisait qu'il fût daté, écrit et signé de la main du testateur; au treizième et au quatorzième siècles, l'apposition d'un sceau authentique était requis pour sa validité (6) : par la suite, la signature du testateur le remplaça. Exceptionnel en pays de droit écrit, il semble avoir été peu usité en pays de Coutumes (7). — 2° **Testament nuncupatif** ou verbal des pays de droit écrit (8); il consistait dans une déclaration faite en présence de cinq ou sept témoins (9). Il était assez logique de l'ad-

(1) Enregistrement des testaments. Edit juin 1581, art. 4 et 7 : Edits 1693, 1703, 29 oct. 1720; 17 oct. 1721. Cf. Insinuation des donations. Viollet, 903. Papyrus de Ravenne, Girard, *loc. cit. Form. Wis.*, 21, 25. Thévenin, n° 18. Palumbo, 150, 273. — Aux pratiques germaniques et coutumières en matière de transfert de propriété immobilière semblent se rattacher les Coutumes de la Flandre, qui exigent des formalités judiciaires (homologation, reconnaissance, insinuation), au moins pour que l'héritier testamentaire soit investi de la propriété. Bout., 1, 103. Britz, 912. Struve, *Jurisp. for.*, 2, 15. Ci-dessus, p. 202, 212, t. II. Cf. Demuth, *Wechsels, Verfüg.*, 25. Huber, 4, 608 et s. L'intervention de la justice ou des autorités publiques est très commune en pays germanique.

(2) Halm, *De div. test. form.*, 1817. Hommel, *De script. in test. nunc.*, 1729. Nettelbladt, *De test. nuncup. in script. red.*, 1758. Viollet, 890. Pertile, 4, 25. Stobbe, § 304. *Add.*, Masuer, 32. Mich. Grassus, *Sentent. de success*, 1603. *Parfait notaire*, t. 11.

(3) Décl. 1745, 1751, 1783. Auteurs cités *supra*. *Recueil des quest. prop.* par d'Agueseau, 1749. — Loisel, 302 (*locus regit actum*), 303. Guénois, t. XIV.

(4) Particularités : aveugles, militaires, test. sur mer, en temps de peste, etc. Cf. Ferrière, *h. v°*. Ord. 1735, 27 et suiv. C. civ., 961. Argou, 2, 12, 17.

(5) Nov. Valent., III, 4, 2. Tous les Epit. du Bréviaire s'en occupent. *L. Wis.*, 2, 5, 11, 13, 14. De Greve, *De test. hol.*, 1825. Navarre, 27, 22. — Cf. aussi *test. parentum inter liberos*.

(6) Beaum., 12, 9 : sceaux authentiques. Auffroy, p. 600, 650 (sceau du maire de la Rochelle). Bucherellus, *Inst.*, p. 188. Lamoignon, *Arr.*, Test., 49 et suiv. Ord. janv. 1629, 126 (inappl.); 1735, 1, 3, 16.

(7) Ferrière, s. 289, Paris. Ouverture devant le juge et dépôt entre les mains d'un notaire. Ferrière, v° *Ouverture*. Ci-après, cf. Bout., p. 873.

(8) Nov. Théod., II, 2, 1. G. Durand, *Spec.*, 2, 2, 12, 39. Viollet, 893. Auffroy, 651.

(9) Sept pour le testament, cinq pour le codicille. *Wis.*, 2, 5, 12. *Burg.*,

mettre à une époque où on suivait la règle : *Témoins passent lettres.* Quand on adopta le principe inverse : *Lettres passent témoins*, on aurait dû l'abolir; c'est ce que fit seulement l'Ord. 1735, art. 1 (1). — 3° **Testament par acte public.** — A° *Testament nuncupatif écrit* (2) des pays de droit écrit (3); c'était une déclaration faite par le testateur en présence de sept témoins y compris le notaire qui l'enregistrait sous sa dictée (4). — B° *Testament solennel* des pays de Coutumes. Il consiste dans une déclaration (dictée) faite en présence de deux notaires ou d'un notaire et de deux témoins et consignée par écrit par l'un des deux notaires ou par le notaire unique. C'est le testament du droit canon laïcisé : mais la jurisprudence, réagissant contre l'esprit de la législation canonique, apporte une grande rigueur dans l'appréciation de sa validité; les formalités les plus minutieuses prescrites pour les actes notariés doivent être observées à peine de nullité (5). — 4° **Testament mystique** ou secret des pays de droit écrit, emprunté à la législation du Bas-Empire (test. tripartit). Le testateur présente à sept témoins, y compris le notaire, un papier clos et scellé en déclarant que là sont contenues ses dernières volontés; le notaire dresse procès-verbal sur l'enveloppe (acte de suscription) (6).

V° **Révocation des testaments.** — *a*) *Expresse*, elle résulte, en pays de Coutumes, d'un acte notarié ou sous seing privé, tandis que, dans le Midi, on exige un nouveau testament selon le droit romain; *b*) *tacite*, elle se produit par tout changement

60. *Brachyl.*, 2, 19, 32. Ex. dans Auffroy, p. 513. *Gr. C.*, 2, 40 Bout., 1, 105. Serres, 2, 10. Sur les témoins testamentaires, cf. R. Caillemer, p. 87. Ord. 1735, 39 et suiv.

(1) Pasquier, *Inst.*, p. 467 (hors d'usage depuis Ord. 1566).

(2) D. Vaissete, 8, 1292. Emploi de la clause codicillaire, G. Durand, *Spec.*, 2, 2, 12, 9, 18. Pour les **codicilles**, cinq témoins suffisent. Argou, 2, 17. Cf. Girard, p. 805 (test. *apud acta*). Sur les souscriptions, cf. *ibid.*, p. 804. Giry, *Diplom.*, p. 601. Sur les codicilles, *Tract. univ. jur.*, t. 8.

(3) Fons, *Acad. lég. Toul.*, XI, 14. Viollet, 893. *Lib. Instr. mem.*, 172 et suiv.

(4) Pendant longtemps, le scribe qui rédige le testament n'est pas un officier public. Giry, *Diplomat.*, p. 826 (IX° à XI° s.). *Wis.*, 2, 5, 10. Quelques coutumes se contentent de trois ou quatre témoins sans curé ou notaire. Loisel, 301. Bourb., 289.

(5) Paris, 289 (et comment.), Pasquier, *Inst.*, p. 469. C. civ., 971.

(6) Nov. Théod., II, 9, a. 439. Inst. Just., 2, 10, 3. *Burg.*, 43, 60. D. Vaissete, 8, 1293 (a. 1251). G. Durand, *Spec.*, 2, 2, 12. Serres, *Inst.*, 2, 10. Cf. Pertile, 4, 29. C. civ., 976.

de volonté manifesté d'une façon non équivoque : incompatibilité avec un testament postérieur, aliénation des biens légués, inimitié survenue entre le testateur et l'héritier institué ; dans le Midi, l'usage de l'institution d'héritier fait que tout testament régulier révoque les précédents, même si ses dispositions se concilient avec les leurs (1). — Anciennement, sous l'influence des vieilles idées sur l'irrévocabilité des pactes successoraux, on tolérait certaines entraves à la liberté de révoquer les testaments ; par exemple, on permettait de convenir qu'ils ne pouvaient être révoqués que sous certaines conditions (**clauses dérogatoires**), un testament postérieur ne devant valoir que s'il commençait par des formules comme *Beatus vir qui timet dominum* (2). L'ord. 1735, art. 76, abolit cet usage. Lorsque, par le même acte, deux personnes avaient testé l'une au profit de l'autre (**testaments conjonctifs**) (3), l'une d'elles ne pouvait revoquer les dispositions qu'elle avait faites sans signifier la révocation à l'autre, évidemment afin que celle-ci pût en faire autant de son côté. Cet acte double, en désaccord avec la conception romaine du testament, rappelle l'*interdonatio* de l'époque barbare et, comme celle-ci, s'applique surtout entre époux (4). L'article 77 de l'Ord. 1735 l'interdit.

§ 4. — *Donations entre vifs et à cause de mort* (5).

1. — La formule de Loisel, 662 : *chacun [âgé suffisamment] peut*

(1) Beaum., 12, 41 et suiv. Auffroy, p. 488 (actes de 1022, etc.). Cf. Révoc. des donations. Ferrière, *h. v°*. Fleury, *Inst.*, I, 313. Le juge peut tenir un testament pour révoqué en cas de survenance d'enfants. Argou, 2, 13. Chaisemartin, p. 434.

(2) *Entendez-vous bien*, etc. *Lib. Instr.*, 202. Ferrière, *h. v°*

(3) Stobbe, 5, 250 (bibl. et détails) : *testamenta simultanea, reciproca, mutua, correspectiva*. Harmann, *Erbvertr. u. gemeinschaftlich. Testam*, 1860. Cf. dons mutuels, partages d'ascendants. Hésitations et divergences sur la théorie des testaments conjonctifs. Ci-après, Institutions contractuelles.

(4) Nov. Valent., III, 4, 1 (epit). Pardessus, *Diplom.*, 1, 136 (a. 572). Papyrus de Ravenne, dans Marini, *Papir. dipl.*, n° 75. Thévenin, *Textes*, n°s 18, 40 et s. Marculf., 2, 17. Schultze, p. 29. Huber, 4, 632.

(5) Bibliographie. — Époque franque, cf. ci-après. — Romanistes, par exemple J. Faber, *Inst. de don.*, etc. Canonistes, sur **X**, 3, 24. De Glanwell, *Negotia inter vivos*, 1889 (?). Wolff, *Stud. Canon. Privatr.*, 1897. — Ci-dessus, p. 580, 639, t. II. Testaments. Réserve. — Traités : Ricard, 1652, 1873. Pothier, 1777. Roussilhe, *Jurispr. des don. entre vifs*, 1785. A. de la Rou-

disposer de son bien à son plaisir, par donation entre vifs, suivant l'opinion de tous nos docteurs français, est juste le contre-pied du très ancien droit. Même à l'époque de Loisel, elle est loin d'être exacte. Dans le très ancien droit, la donation va trop contre les droits de la famille ou contre ceux des propriétaires supérieurs pour qu'on l'autorise *de plano* ; et lorsque ces droits se sont affaiblis, elle est encore vue avec défaveur ; elle se heurte à bien des restrictions : *a*) Règle *donner et retenir ne vaut* ; *b*) formalités particulières ; *c*) incapacités spéciales ; *d*) théorie de la légitime. Cette simple énumération montre combien on est loin de la liberté de donner ; les théoriciens de l'école du droit naturel ont beau proclamer que la donation est un *acte du droit des gens* et un indispensable attribut de la propriété (1) ; il est aisé de voir qu'on ne l'aurait guère traitée autrement en partant de l'idée que c'était un acte du droit civil (2).

2. — **Donations à l'époque barbare** (3). — La donation entre vif se réalise par voie de dation (tradition) (4) ; mais, appliquée à des immeubles (5), elle a un caractère personnel qui lui a fait différer beaucoup de la donation romaine (6). C'est plutôt un

vière. *Retour des don.*, 1737 ; *Révoc. des don.*, 1738. Damours, *Confér. de l'Ord. avec le dr. rom.*, 1753. Comment. s. l'Ord., 1731 : Boutaric, 1744. Rouss. de la Combe, 1733. Sallé, 1752. Furgole, 1733, 1761 ; Serres, 1766. *Recueil des quest. prop. par d'Agueseau à tous les Parlements de France concern. les don.*, 1749. D'Aguesseau, *Lettres*, dans ses *Œuvres*, XII, éd. P. Viollet, 884. Glasson, 3, 181 ; 7, 523. Pertile, § 158. Salvioli, § 270. Ascoli, *Donazioni*, 1898. *Arch. giur.*, 1899, 579. Schrœder, 281, 306. Burckhard, *Schenkung*, 1899. Pollock et M , 2, 12, 24, 81, 211. *Siele Part.*, V, 4. Reverdy, Thèse, 1896 (dr. écrit).

(1) Pothier, n° 4. Ci-dessus, p. 581, t. II. Pasquier, *Insl.*, p. 327.

(2) Elle était cependant moins dangereuse pour la famille que le testament, car on répugne aux donations entre vifs, et aujourd'hui il y en a cinq pour cent testaments.

(3) Ci-dessus, p. 244, t. II. Viollet, *Dr. public*, I, 320. Thévenin, *Textes*, Table, v° *Donations* (clauses diverses). Cf. actes dans D. Vaissete, *Cartul, etc.*

(4) Les donations par voie de promesse ne semblent pas avoir été possibles. Le contrat formel n'aurait pas lié les héritiers ; son champ d'application était limité (cautionnement, etc.). Thévenin, n°s 40, 69, 75, 83, 132 (formes solennelles). Ci-dessus, p. 312, t. II. Cf. Salvioli, *Publicata n. vendita*, 1895.

(5) Pour la dation de meubles, cf. ci-dessus, p. 220, t. II.

(6) C'est ce qu'a démontré Brunner, *Landschenk. d. Merow.*, 1885 (*Forsch*, p. 4). Cf. ci-dessus, p. 652, t. II. Tamassia, *Don. more salario*, 1901. *Add.* Bondroit, *Precariae verbo regis*, 1901. Guilhiermoz, *Orig. de la nobl.*, p. 104. Marignan, *Et. s. la civilis. francç.*, t. I, Dareste, *Et.*, p. 329, 63.

prêt gratuit qu'une libéralité définitive. Ainsi les biens donnés ne passent pas aux héritiers du donataire (cf. bénéfices francs), à moins de clause expresse, et la tendance est toujours dans le sens de la limitation de l'hérédité et du retour au donateur (1). Si elle est faite à un héritier, elle constitue un avancement d'hoirie, et on comprend qu'au décès du donateur elle revienne grossir son patrimoine ; le retour successoral n'est qu'une application naturelle de ces idées (2). Le donataire n'a pas le droit de disposer des biens donnés, à moins de clause qui l'y autorise ou de permission spéciale du disposant (3). Fréquemment, la donation est faite dans un certain but, par exemple à charge de services ; si ce but ne se réalise pas, le donateur reprend son bien (4). En somme, la donation ne confère qu'une propriété limitée (5) : ses effets, même à l'encontre des tiers, dépendent des clauses qu'elle contient, de la *lex donationis* (6).

Il y avait si peu à compter sur des libéralités de ce genre que le droit lombard imagina un expédient pour les rendre stables. Il exigea pour la formation de la donation une contreprestation

(1) Cf. droit anglais, nécessité de la clause *sibi et heredibus suis*. Si on disait *sibi aut heredibus*, il y aurait retour au donateur. Glanv., 7, 1, 2. Bracton, f. 17ᵇ et 92ᵇ. Pollock et M., II, 24. Valenciennes, 1619, art. 108. Suède : Amira, *NO*, 1, 510, 550 (Vestrogothie : le vendeur a également le droit de reprendre le bien vendu). Frise : Richtofen, *Fries, Rechtsq.*, p. 236, 31 (dons à enfants naturels). Sedan, 116. Bavière : *MGH. LL.*, 3, 460, c. 8. Cf. ci-dessus, exclusion des femmes de la terre salique, p. 601, t. II ; succession aux fiefs, p. 586, t. II. — De nos jours, cf. collation d'un grade, d'un ordre de chevalerie.

(2) L. long. Car., 106. Schrœder, 221.

(3) Actes avec la clause : *quiquid exinde facere volueris, liberam habeas potestatem*. Dans d'autres, le donateur ajoute : *ex permisso nostro*. Marculf., 1, 14, 31. Brunner, p. 12 (don. des ducs bavarois) ; cf. *Bai.*, 1, 1. Confirmations des don. par les rois francs. Greg. T., 9, 42 ; 10, 31, etc. *Cart. de Redon*, n° 144. *Burg.*, 1, 3. — De nos jours, cf. cadeau d'un livre avec dédicace.

(4) *Roth.*, 225 (à généraliser). *Wis.*, 5, 3, 1, 3 ; 5, 2, 4. Greg. T., 8, 22 (Bodigiselus) ; 9, 35 (Waddo). *F. Val.*, 275. Prétentions de la royauté sur les domaines concédés aux églises, aux abbayes. Lœning, *D. Kirch.*, I, 300. Vanderkindere, *Introd. à l'hist. de Bely.*, p. 279. Marignan, *Et. s. la civilis fr.*, t. I. Boudrot, *De capacit. possid. eccles.*, 1900. Vauthier, *Pers. morales*, p. 80, 95.

(5) On trouve aussi à cette époque des donations en pleine propriété, irrévocables, héréditaires (cf. *F. Val.*, 275), à l'exemple droit romain. Mais l'ancienne conception germanique, les droits de la famille ou du concédant sont plus favorables aux dons en propriété limitée. Cf. Reverdy, p. 336.

(6) La difficulté est d'expliquer que la *lex donationis* soit opposable aux tiers. Cf. ci-dessus, p. 652, 658, t. II. Albertu, 2, 18. *Et. de St-L.*, 1, 117.

de la part du donataire (1) ; après avoir reçu les biens dont on le gratifie, il doit remettre au donateur un objet de valeur minime (anneau, manteau, etc.) (2), appelé *launegild*, c'est-à-dire en quelque sorte valeur en échange. Par là il transforme la libéralité en acte commutatif, en échange *but à but* ; et les actes de ce genre sont les seuls que sanctionne l'ancienne législation. A défaut de *launegild*, le bien donné peut être repris ; une fois le *launegild* remis, la donation est irrévocable et le donateur est tenu à garantie (s'il y a éviction, *reddat ferquido, i. e. similem*). Le *launegild* dégénéra, au treizième siècle, en arrhe confirmatoire (3).

3. — **Donner et retenir ne vaut** (4). — La donation perdit peu à peu son caractère personnel pour revenir au type romain. Tout concourut à ce résultat, conception nouvelle de la libéralité

(1) Val de Lièvre, *Launegild u. Wadia*, 1877 ; ZSS, 1883, *GA*, 15 (bibl.). Pappenheim, *Launeg. u. Gaireth.*, 1882 (*Unters.* de Gierke). Havet, *NRH*, 1878, 255. Schupfer, *Arch. giur.*, 1883, 507 ; cf. *Ann. d. giur. ital.*, 1871. Franken, *Pfandr.*, 59. Esmein, *Contrats*, p. 13. Palumbo, *Test.*, 254. Schrœder, 294. Heusler, I, 80 ; II, 254. Brunner, *Forsch.*, 624, 3. Wodon, *Forme*, p. 197.

(2) *Lohn*, compensation. *Geld*, argent. Cf. *widerdonum*, guerredon. Form. s. Roth., 184. Indispensable pour la donation, le *Launegild* s'applique à d'autres actes (tradition de la femme au mari, adoption, émancipation, transaction, etc.), peut-être par extension de son emploi dans la donation. Cf. Schrœder, *l. c.* Il en est déjà question dans l'Ed. de Roth., 175, 184. Thévenin, nos 48, 59, 61. C'est un vieil usage *cawerfeda*, permettant de disposer de ses biens à titre particulier, et non un expédient imaginé pour remplacer les dispositions *per gairethinx* tombées en désuétude quand la diète populaire est devenue une réunion de grands (au plus tard au VIIIe s.), Au treizième siècle, Car. de Tocco constate que le *Launegild* n'est plus en usage.

(3) Systèmes divers en dehors de celui qui est exposé au texte : 1° Marque de gratitude du donataire (Val de Lièvre, qui a abandonné cette idée), ce qui est inconciliable avec le *launegild requirere* des textes. 2° Symbole de la cause de la donation comme le prix dans la vente (Pappenheim), mais le symbole exprimerait le contraire de l'idée de gratuité. 3° Arrhe confirmatoire du droit romain (Beseler) ou arrhe *constitutoria* du droit germanique (Sohm, etc.). Mais les arrhes sont données avant l'exécution du contrat. 4° Moyen de soustraire les libéralités aux attaques des parents du donateur en les transformant en actes onéreux. Mais les actes onéreux eux-mêmes peuvent être attaqués. Il est plus simple de dire que c'est une contrefaçon de l'échange destinée à rendre l'acte irrévocable de la part du donateur : *in omnibus contractibus*, dit la loi lombarde, *permutatio continetur*. Cf. *venditio nummo uno* du droit romain. Ci-dessus, p. 419 et suiv., t. II.

(4) A. Desjardins, *R. crit.*, 33, 207. Chénon, *R. canon.*, 1899 (Une quest. de droit au Xe s.). Thèses : Reverdy, p. 193 ; Constant, 1889, etc. Stobbe, 5, 186.

impliquant que le donateur se dépouille définitivement, simplicité de cette solution, mode de réalisation, renaissance du testament et opposition entre les actes à cause de mort et les actes entre vifs, sans compter l'influence romano-canonique. Comme par le passé, la tradition fut toujours requise, et l'on put dire qu'il n'y avait pas de donation sans dessaisissement du donateur ; cette règle tenait à ce que la simple convention de donner n'était point obligatoire (*promettre et tenir sont deux*) (1) ; pour produire effet, il fallait qu'elle fut exécutée (cf. contrats réels) (2) ; or l'exécution consistait ici dans le transfert par devant le seigneur, au moyen du vest et devest, de telle sorte qu'il était malaisé pour le donateur de retenir par devers lui la chose donnée comme il lui était malaisé de la retirer au donataire (à la rigueur il aurait dû pour cela avoir recours aux mêmes formalités, mais en sens inverse). A cet état de droit correspond la maxime : *Donner et retenir ne vaut* (3) ; elle exprime la nécessité de la tradition sans impliquer d'une façon absolue l'irrévocabilité ; en effet, les Coutumiers du treizième siècle autorisent le donateur à insérer dans l'acte une clause lui permettant de reprendre les biens donnés (donner à son *rapiau*) (4), et au seizième siècle on discute encore sur la validité de cette clause dans certains cas (5).

A l'époque de la rédaction des Coutumes, la tradition ne fut plus exigée avec autant de rigueur ; mais, par contre, on se

(1) *Ass. de Jér.* J. d'Ibelin, 144 (don en dit sans fait) ; *Clef de la H.-C.*, 194 ; *C. des B.*, 214 (don ne vaut sans la saisine de la chose). Glanv., 7, 1. Bracton, f. 11, 38 et suiv. Fleta, 3, 3. Blactkstone, 2, 20, 30. Les textes anglais confondent à peu près donation et aliénation. Naples, cf. Pertile, 4, 585. *Sachsensp.*, I, 52 (*Aufl.* judiciaire). Lattes, p. 225. De Mony, *Comtes de Foix*, 2, 16, 371.

(2) On aurait pu se contenter d'une exécution partielle, d'arrhes, etc. (cf. ci-dessus, p. 141, t. II), comme pour les contrats ordinaires.

(3) *AC. Champagne*, art. 44 : nécessité de dévêtir et revêtir en justice ; si le donateur retient l'héritage sans payer de redevance au donataire, le don ne vaudra rien contre l'hoir du mort ; par droit commun et par Coutume de Champagne donner et retenir ne vaut rien. *Gr. C.*, 2, 28 (cf. vente). Loisel, 659. Paris, *AC*, 160 ; *NC*, 273 à 275 (c'est donner et retenir quand le donateur demeure en possession jusqu'à son décès). — Sur les meubles, don manuel. Etat annexé. Ord. 1731, 15. Duval, *De reb. dub.*, 2. P. Bressolles, *Dons manuels*, 1882.

(4) Beaum., 12, 39 ; 34, 2 (convenance loi vaint). Cf. ci-dessus, p. 451, t. II. *Ass. de Jérus., Abr. C. des B.*, 1, 35 (rappeler). *L. d. droiz*, 321.

(5) Opinion de Charondas le Caron, s. Paris, 275 (charge des dettes).

montra intransigeant sur la question d'irrévocabilité. — A° Les contrats se formant *solo consensu*, la convention de donner devenait obligatoire; mais si on admit cette règle en ce qui concerne les promesses de payer une somme d'argent, de servir une rente, il n'en fut pas de même pour les donations portant sur des immeubles (1); ce n'est guère qu'à la fin du dix-huitième siècle qu'il fut reçu qu'elles engendraient une action personnelle contre le donateur à l'effet de le contraindre au transfert de propriété (2). Cette opération elle-même s'était simplifiée : au lieu du vest et devest par devant le seigneur, on se contentait de la tradition réelle à l'acquéreur et même de la tradition feinte d'après le droit commun des Coutumes. Mais ce changement eut grand'peine à se faire accepter en matière de donation (3); tantôt la tradition réelle était toujours requise, tantôt on tolérait certaines formes de tradition feinte comme la rétention d'usufruit, mais on en rejetait d'autres, telles que la clause de dessaisine-saisine, parce qu'elles paraissaient aller trop directement à l'encontre de la vieille règle coutumière (4). En fin de compte cependant, la tradition feinte fut tenue pour suffisante (5), et rien n'empêcha le donateur de garder en sa possession la chose donnée, par exemple à titre d'usufruitier ou de fermier. — B° La maxime *donner et retenir ne vaut*, qui avait cessé de s'entendre de la nécessité d'une tradition réelle, ne visait plus que l'**irrévocabilité de la donation** (6); elle signifiait que le donateur ne pouvait se réserver ni la propriété des choses données, ni le droit d'en priver le donataire quand il le jugerait à propos (par exemple en insérant dans l'acte une condition

(1) Delalande, s. 283. Orl. Ragueau, s. Berry, 7, 1. Buridan, s. 230, Reims. D. du Pont, s. Blois, 269. Guyot, *h. v°*. — Le Cod. Théod., 8, 12, 1, semble exiger la tradition réelle *advocata vicinitate* pour la validité des donations. Si Justinien rendit obligatoire le pacte de donner, cette innovation ne fut connue en France qu'après le douzième siècle. Mont., p. 74. — Beaum., 12, 39; 30, 38; 80, 9. *TAC. Bret.*, 318, 319. Esmein, *Contrats*, p. 183, 189.

(2) Ferrière, s. 273, Paris. Ricard, 879. Pothier, n° 77. Ord. 1731, 5.

(3) Certaines coutumes exigent toujours la tradition réelle (cout. de saisine, de nantissement). Reims, 231. Laon, 53. Sedan, 109. Senlis, 212. Valois, 130, etc,

(4) Ricard, 910. Pothier, n° 251. Ferrière, s. 275, Paris. Masuer, 24.

(5) Loisel, 746. Pothier, n° 67. C. civ., 938.

(6) Beaum., 12, 39 (irrévocabilité, à moins de clause contraire). Bout., I, 45. *Cout. not.*, 143. *Gr. C.*, 2, 8. Confirmations. *L. d. dr.*, n° 479, 982. Desm., 248, 371. Cf. Toulouse, 186 et suiv. Montp., 74. Tardif, *Dr. privé au XIII^e s.*, p. 70.

protestative (1), en imposant au donataire la charge de ses dettes futures, en lui donnant des biens à venir, c'est-à-dire des biens qu'il dépendait de lui d'aquérir) (2). Ces réserves annulaient la dotation tout entière (3). Il semble que c'était parce qu'elles rendaient la donation peu sérieuse et risquaient de devenir une source de difficultés ; si l'on n'a pas pris la peine d'annuler la vente dans ces mêmes cas, c'est qu'il ne se présente guère, dans la pratique, de ventes de ce genre (4). Nos anciens auteurs justifiaient la règle *donner et retenir ne vaut* par une autre considération (5) ; à leur avis, sa principale utilité consistait à empêcher les donations inconsidérées préjudiciables aux familles ; en effet, en obligeant les donateurs à se dépouiller eux-mêmes, à s'appauvrir de leur vivant et sans pouvoir revenir sur leur acte, on les retenait par leur propre intérêt ; *Qui le sien donne avant de mourir, bientôt s'apprête à moult souffrir.* Ce rai-

(1) L'irrévocabilité n'allait pas jusqu'à faire proscrire les conditions casuelles ou, en général, indépendantes de la volonté du donateur (ingratitude, surv. d'enfants). Ricard, n° 1038, 1046. Cf. clause : je vous donne ma maison si je meurs avant vous.

(2) *Add.* Réserve par le donateur de disposer d'un effet compris dans la donation ou d'une somme fixe à prendre sur les biens donnés (à charge d'accomplir le testament du donateur). En pareil cas, on distingue deux donations, l'une qui est nulle, l'autre valable (cf. *L. d. dr.*, 479). Les donations de biens à venir étaient licites en pays de droit écrit à condition que le donateur se fût réservé, pour pouvoir tester, un vingtième de ses biens. Furgole, s. l'Ord. 1731, 15. *Id.* en Italie, Pertile, 4, 586. Cf. ci-après, Institutions contractuelles.

(3) Domat, *Loix civ.*, 1, 10. Ord. 1731, 15. D'Aguesseau, *Lettres*, dans *Œuvres*, XII, 308. Pothier, n° 79. C. civ., 943. Grenier, *Tr. des don.*, 1812 (Disc. hist.).

(4) Exceptions dans les cas où la donation est exécutée d'habitude : don mutuel, donation par contrat de mariage, etc.

(5) La réserve n'atteignait que les libéralités testamentaires ; la légitime permit aussi la réduction des donations dans l'intérêt des parents les plus proches ; ceux qui n'étaient pas légitimaires bénéficiaient de l'obstacle apporté aux donations par la règle : *Donner et retenir ne vaut.* Il eût été plus simple, ce semble, d'interdire les donations ; mais les droits de la famille n'étaient plus assez forts pour qu'on se crût permis d'aller jusque-là ; les jurisconsultes du dix-huitième siècle expriment cette idée un peu autrement en disant qu'on n'osa pas toucher à un droit naturel comme la liberté de donner. Dans les siècles précédents, on ne s'était pas fait scrupule de prohiber les aliénations (ci-dessus, intervention des parents, *Breispruchsrecht*, etc., p. 370, t. II) ; une fois ces règles disparues, l'esprit du droit ancien ne désarma point ; on utilisa l'axiome *Donner et...* pour protéger les intérêts de la famille : de là les exigences indiquées au texte au sujet de la tradition. Explications diverses : Coquille, *Inst.*, don. Ricard, n° 900, Ferrière, s. 273, Paris. Cf. critiques de Desjardins, *op. cit.*

sonnement part d'une observation très juste : c'est qu'il en coûte peu de dépouiller ses héritiers, et beaucoup de se dépouiller soi-même. Mais s'il était plausible, tant qu'on obligea le donateur à se dessaisir matériellement des biens donnés, il perdit presque toute sa force le jour où ceci ne fut plus nécessaire. Nous dirons plus exactement que ce fut le motif qui s'opposa longtemps à l'admission de la tradition feinte en matière de donations.

4. — **Formalités.** — 1° *Acte notarié.* L'ordonnance de 1731, 1, en imposant l'intervention du notaire, ne fit que consacrer un usage ancien dont le besoin se faisait d'autant plus sentir que l'irrévocabilité des donations était mieux établie (1). — 2° *Solennité de l'acceptation.* Autre exigence qui témoigne simplement de la faveur des donations. L'ordonnance de 1731 se borne encore ici à transformer en loi une pratique reçue, une clause d'usage dans le style des notaires (2). — 3° *Insinuation* sur des registres publics de l'acte de donation (3). Formalité empruntée à la législation romaine (4) et introduite dans notre droit par

(1) Protest. du Parl. de Toulouse, *Questions*, p. 57. Pothier, n° 130. La tradition tient lieu de l'acte authentique pour les dons manuels de meubles. — Italie : donation par devant juges, conseil de ville, notaire. Pertile, 4, 585.

(2) L'acceptation devait être formelle et expresse. Cf. textes romains. Dig., 39, 5, 19, 2. *Dec. Cap. Tol.*, 384. Pothier, n° 47. Acte séparé? Cf. Ord. 1539, 132. Décl. 1549. Reverdy, p. 227.

(3) Cf. Actes, t. I. Quicherat, *BCh.*, 1860, 440. Martel, *Enreg. dans les Gesta munic.*, 1877. Renaud, *R. de lég.*, 1872, 233. Brunner, *RG. d. Urkunde*, p. 139. Thèses : Larnaude, 1876; G. Blondel, 1881. Lattes, 225.

(4) L'**insinuation** ou copie sur des registres publics (*gesta municipalia*, greffes des tribunaux) des actes privés était en usage à Rome dans le but d'assurer la conservation de ces actes et de leur donner plus de force (*fides publica*, en quelque sorte caractère officiel). Sous le Bas-Empire, on rendit cette formalité obligatoire pour les donations « dans un but probatoire et de publicité. » Cod. Théod., 3, 5, 1 ; 8, 12, 1, 3. *F. Vat.*, 249. Sur le système de Justinien, cf. Girard, p. 932. Pertile, 4, 584. Des formalités analogues étaient prescrites pour les testaments à la suite de leur ouverture. *L. rom. Vis.* Paul. 4, 6, 1. Girard, *Textes*, 729. L'insinuation des donations et des testaments est encore pratiquée dans la Gaule franque au début du neuvième siècle (Rozière, 221. Test. de Bertrann, év. du Mans, 612, dans Pardessus, *Dipl.*, n° 230; don. d'Harwich d'Angers à l'abbaye de Prüm, 804, dans Martène, *Ampl. Coll*, 1, 54. Chartes de Noirmoutiers, *NRH*, 1898, 763). On en trouve encore des traces au dixième siècle. Thévenin, *Textes*, 186. Elle avait lieu par les soins d'un mandataire dans lequel on a voulu voir le prototype de l'exécuteur testamentaire. R. Caillemer, *op. cip.*, 19. Mais elle était devenue facultative, et on l'abandonna de plus en plus.

l'Ordonnance de Villers-Cotterets, 1539, article 132, non seulement dans un intérêt fiscal, mais afin de porter à la connaissance du public le transfert de propriété, ce qui devint nécessaire à partir de l'époque où le dessaisissement par vest et devest cessa d'être en usage et où l'on se contenta de la tradition feinte, c'est-à-dire d'une transmission de propriété occulte. Le droit d'invoquer le défaut d'insinuation pour faire considérer l'insinuation comme non avenue, n'était refusé qu'au donateur lui-même; tous autres intéressés le possédaient : héritiers du donateur, ses légataires, ses créanciers même chirographaires, des donataires postérieurs ou autres acquéreurs à titre onéreux (1).

4. **Incapacités de disposer et de recevoir** (2). — Le régime d'incapacités (3), autre correctif à la liberté de donner, a pour effet d'empêcher un grand nombre de donations (4), parce qu'il

Marculf., 2, 3. *Brachyl.*, 2, 13, 11. Renaud, *op. cit.* A l'époque féodale, elle est mentionnée de bonne heure en pays de droit écrit, mais dans le sens de rédaction notariée. Cf. actes de 1172, 1211, etc., dans D. Vaissete, t. 8, c. 293. Hésitations dans J. Faber, *Inst.*, f° 40, éd. 1582. Au quatorzième et au quinzième siècles, elle se réintroduit dans la pratique méridionale. Gui Pape, q. 325, 350, etc. *Dec. Cap. Tolos.*, 382. En pays de coutumes, on ne connaissait que des inscriptions d'aliénations issues des usages du nantissement; dans certaines communes, par exemple Amiens, on enregistre les contrats. *Add.* publication des testaments, ci-dessus, p. 662, t. II. L'Ord. 1539 ordonna d'insinuer et enregistrer, c'est-à-dire de transcrire les donations entre vifs, aux greffes des justices royales du lieu. Cf. formule dans Viollet, 905. Donations à cause de mort, *id.* Ord. 1731, 3. Détails dans Ferrière, *Sc. des notaires*, 17, 4, 5. Pothier, n° 86. Argou, 2, 11. Serres, *Inst.*, 2, 7. Isambert, Table, *h. v°*. Les testaments devaient être insinués, mais non à peine de nullité. Edit des insin. laïq. de 1703. Pothier, *Don. test.*, n° 15. Sur le contrôle ou enregistrement des actes notariés et sous seing privé, par conséquent des donations et testaments, cf. Edit juin 1581 qui l'établit un moment, puis l'Ed. mars 1693, etc. Ferrière, *Sc. des not.*, 17, 2. Isambert, Table, *h. v°*. La Révolution substitua la transcription à l'insinuation (L. 11 brum. an VII), l'enregistrement au contrôle (L. 5-19 décembre 1790; L. 22 frim. an VII). *Code civil interm.*, v° *Insin., Transcr., Enreg.* — *Comment. s. le tarif du contrôle*, 1766. Perrin, *Th.*, 1901.

(1) Ord. fév. 1566, 58; 1731, 27. C. civ., 941. Pothier, n° 116.

(2) Pothier, VIII, 348. Ferrière, v° *Incap. de succéder*, etc. Ci-dessus, p. 666, t. II.

(3) Usage archaïque d'après lequel les dispositions ne sont possibles que de la part d'une personne en bonne santé (*sanus et sana mente*). *Schwabensp.*, 52. Huber, 4, 610. Cf. Paris, 277. Stobbe, 5, 185.

(4) *Cout. not.*, 113. Paris, 272 (25 ans). B. de Richeb., 3, 83. Religieux, mineurs, interdits, femme mariée, étrangers. — Incapacités relatives : tuteurs, juges, pédagogues, confesseurs, médecins, etc. Paris, 276. Beaum., 54, 5. *Const. Châl.*, 81 (en fraude des créanciers).

atteint justement les personnes à qui les libéralités s'adressent de préférence, par exemple les communautés et établissements religieux (1), les enfants naturels (2), les époux ou concubins.

Donation entre époux (3). — A Rome, les donations entre époux, incompatibles avec le régime de la *manus*, furent prohibées, même lorsque ce régime fut abandonné, pour éviter les abus d'influence de la part de l'un des conjoints (*ne mutuo amore invicem spoliarentur*); on finit pourtant par admettre qu'elles seraient valables si l'époux donateur prédécédait sans les révoquer, comme l'eussent été des dispositions testamentaires ou des donations à cause de mort (4). Les pays de droit écrit s'en tinrent à ces principes (5). — Dans les pays de Coutumes, on montra plus de rigueur (6). Le *mundium* marital allait parfois, comme en Angleterre, jusqu'à absorber la personnalité de la femme dans celle du mari, ce qui rendait les libéralités entre époux impossibles; ailleurs, les anciennes mœurs mettaient la femme dans une étroite dépendance vis-à-vis du mari (7); aussi la Coutume réglait-elle d'autorité les rapports pécuniaires entre

(1) Cf. Biens ecclésiastiques, t. I.

(2) Ci-dessus, p. 135, t. II. *AC. Anjou*, éd. B.-B., 2, 461. *L. d. dr.*, 770. *Summa Norm.*, 35, 2.

(3) Ci-dessus, p. 101, t. II. Dons entre concubins, ci-dessus, p. 83, t II. Loisel, 127. Pothier, *Tr. des donations entre mari et femme*, n. 7, éd. B. Pertile, § 111. Schrœder, p. 728. Glasson, 7, 532. Laboulaye, Gide, etc. Ci-dessus et ci-contre.

(4) Girard, p. 934. Esmein, *Mélanges*, p. 49. Petrus, 1, 36.

(5) *Dec. Cap. Tol.*, 262. Serres, 2, 7. *Siete Part.*, 4, 11, 4. Cf. Montpellier, 54. Bergerac, 129. Poitou, 219. Angoum., Guénois, t. XIII, 52. Boissonade, 289.

(6) A dater de quand? Epoque barbare. Tendance restrictive dans *Liut.*, 102 : interdiction des donations faites par le mari à la femme, à qui les avantages anténuptiaux (dot et morgengabe) doivent suffire. D'autres lois sont plus libérales. *Rib.*, 48, 49. *Bai.*, 9, 14. *Wis.*, 5, 2, 4, 5. Pardessus, *L. Sal.*, 678. — Ep. féodale. P. de F., 33, 14; Beaum., 12, 4, permettent les legs entre conjoints. D'après les Ass. de Jér., *C. des B.*, 173, le mari ne peut donner à sa femme qu'à sa mort ou en son testament. Les *Et. de saint Louis*, 1, 118, ne permettent à la femme de donner à son mari qu'à sa mort. La tendance qui prévalut aboutit à proscrire toute libéralité entre conjoints à l'exception du don mutuel. *Gr. C.*, 2, 32. Desm., 235. Bout., 1, 99. *L. d. droiz*, 1, 183.

(7) Ci-dessus, p. 87 et suiv., t. II. A la rigueur, les donations du mari à la femme se seraient comprises. La *C. de Norm.*, 410, interdit même le don mutuel, mais non le testament, 422, 429. Cf. *Summa*, 100. *Sachsensp.*, 31, 2 (la donation par la femme au mari ne se conçoit pas). Cependant Struve, *Inst.*, 2, 10, constate que de son temps les dons entre époux sont licites (justice, insinuation; cf. ci-contre, ravestissement). Lehr, *Dr. angl.*, p. 111 (Cours d'équité).

époux, notamment en leur attribuant des gains de survie, une part dans les bénéfices, de façon à ne pas porter atteinte au principe de la conservation des biens dans la famille ; les modifications à cet ordre légal ne pouvaient guère provenir que d'entraînements ou d'abus d'autorité. De là résulta la nullité des donations entre époux, directes ou indirectes, déguisées ou par personnes interposées (6) ; les contrats à titres onéreux se trouvèrent même compris dans la proscription : *nullum contractum etiam reciprocum facere possunt nisi ex necessitate*, dit Dumoulin ; on redoutait que des libéralités ne se dissumulassent sous le couvert de ces actes (2) ; enfin, les dispositions testamentaires furent traitées comme les donations. Le Code civil (art. 1096), s'inspirant plutôt du système romain, permet les dons entre époux, mais les déclare révocables. Déjà les lois révolutionnaires du 5 brumaire an II, article 2, et du 17 nivôse an II, article 13, avaient rompu avec la tradition en autorisant sans réserve les libéralités entre époux par dons ou legs (sauf réduction à l'usufruit de la moitié des biens en présence d'enfants) (3).

6. — **Don mutuel** (4). — En usage dès l'époque franque sous le nom d'*interdonatio* (5), la donation réciproque entre époux n'a pas cessé d'être pratiquée durant tout notre ancien droit. Elle avait sa raison d'être sous un régime sans communauté, sans gain de survie ou droits de succession bien réglementés ; avec la communauté et le douaire, elle perd de son utilité ; on la

(1) *Coul. not.*, 58. Desm., 232. *Et. de saint Louis*, I, 118. *AC. Anjou*, éd. B.-B., Table, *h. v°*. Paris, 282. Orl., 280. Loisel, 127. Guénois, *Conf. des Coul.*, 648.

(2) Ci-dessus, p. 101, t. II. P. de F., p. 113. Dum. s. Paris, 156, n° 5.

(3) Les donations ne sont plus révocables ni caduques. Vermeil, *Code des succ.*, cité par Troplong, *Don.*, n° 2648. Boissonade, p. 323. Sagnac, p. 298.

(4) Cf. ci-dessus, p. 664, t. II, testament conjonctif. — *Tract. univ. jur.*, t. IX, v. 12 : Pyrrhus Engleberm., *de don. mutua. Siete Part.*, IV, 11, 4 (comment. ; bibl.). Pasquier, *Inst.*, 371. Ricard, *Tr. du don mutuel* (*Œuvres*, t. II, éd. 1713). Pothier, t. VII, p. 494, éd. B. Ferrière, s. 280, Paris. Bourjon, *Dr. comm.*, t. II, p. 245, éd. 1770. Rousseaud de la Combe, Denisart, Guyot, *h. v°*. Britz, 769. Demuth, *Wechselseit. Verfüg. u. Todesw* (Zurich), 1901 (*Unters.* de Gierke). Boutry (Boissonade, *Hist. des don. entre époux*, 1852. Boissonade, *Hist. des dr. du conjoint surv.*, 1874. Viollet, 811. Glasson, 7, 536. Pertile, 4, 9.

(5) Rozière, *Form.*, 245 et suiv. Thévenin, *Textes*, 40, 82, 132. Cf. Don *post obitum*. *Adfatimus* de la *L. Rib.*, 49. Brunner, *ZSS, GA*, 1885, 79. Stobbe, 5, 193.

tolère plutôt qu'on ne l'encourage, ainsi que le prouvent les restrictions apportées à sa validité. Dans ses Institutes, Loisel 128, en résume ainsi les règles : *mari et femme n'ayant enfans se peuvent entredonner mutuellement, pourvu, disent quelques Coutumes, qu'ils soient inels ou égaux en santé, âge et chevance* (1). C'est ce souci de l'égalité qui sauva le don mutuel; il se fait jour déjà dans les formules franques, car, si l'un des conjoints donne tout son patrimoine à l'autre, celui-ci lui rend la pareille; mais on n'exige pas l'égalité en santé, âge et fortune pour la validité de la donation. Celle-ci peut être universelle ou particulière, en propriété ou en jouissance. Cependant la présence d'enfants qui n'empêchait pas d'abord les époux de se faire des libéralités (2), fit toujours obstacle aux dons en propriété; même à défaut d'enfants, on préfère d'habitude ne donner qu'une jouissance viagère. Dès le quatorzième siècle, il y a tendance à ne faire porter le don mutuel que sur les meubles et conquêts. Au seizième, la Coutume de Paris ne permet plus que les dons en usufruit de la part de communauté revenant à chaque conjoint (3). Primitivement, le don mutuel n'allait pas sans tradition (4); les époux se revêtaient l'un l'autre, *s'entravestissaient*, des biens qu'ils possédaient (5); aussi le survivant n'avait-il

(1) *Cout. not.*, 58. *Gr. C.*, 2, 32. Paris, *AC*, 155; *NC*, 280. Anjou, 328, etc.

(2) Paris, 281. Don mutuel dans le contrat de mariage des enfants. Boissonade, 259.

(3) Rozière, *op.* et *loc. cit. Cout. not.*, 58 (à vie ou à héritage). *Gr. C.*, p. 321 (tous biens). Desm., 235 (meubles et conquêts). Paris, 280. Prévôt de la J., 2, 233. L. 17 niv. an II, 13 (réduction à l'usufruit de la moitié des biens, s'il y a des enfants). Le donataire mutuel, recueillant une portion de la communauté, est tenu des dettes correspondantes, mais seulement pour les intérêts, parce que c'est un simple usufruitier. Au conjoint ravesti on applique la vieille règle citée p. 539, t. II.

(4) Tradition *per cartam*, cf. formules et actes francs. Demuth, 25 et suiv.

(5) Cf. dans les pays, **entravestissement** ou *ravestissement* (Bout., I, 99 et p. 885, éd. 1603. Guyot, Ragocau, *h. v°*. Fasquel, Thèse, 1902) : *a) par lettres;* il supposait l'accomplissement des œuvres de loi (ci-dessus, p. 213, t. II); il conférait au survivant l'usufruit des rotures et la propriété des meubles laissés par le prédécédé, à charge d'en abandonner une partie aux enfants s'il se remariait (*parçon*, *fourmorture*, Guyot, *h. v°*; Britz, 769; cf. aussi dévolution, *ib.*, et ci-dessus, p. 613, t. II; variantes dans les Cout. Arras, Lille, etc.). *b) du sang*, ou de plein droit quand il y avait eu des enfants du mariage. Cf. Coutumes où la communauté ne commence qu'à partir de ce moment. Ci-après, Tailliar, *Rec. d'actes du XII^e, XIII^e s.*, p. CCCI. Brunner, *ZSS*, 1895, *GA*, 63. — Cérémonie du baiser en public. Tour., 13, etc, — Cf. Roisin, 84.

pas à demander la délivrance aux héritiers du prédécédé, et la libéralité était-elle absolument irrévocable (1). Dans le droit définitif, il n'en est plus ainsi : *le don mutuel ne saisit pas* (2) ; d'où il suit que les héritiers ont à en faire la délivrance ; et l'irrévocabilité, tout en subsistant en principe, s'est atténuée ; les deux époux agissant conjointement peuvent révoquer le don mutuel (3) ; il est simplement interdit à l'un d'eux d'anéantir, en agissant seul, la libéralité qu'il a faite (4). La condition de survie rapprochait le don mutuel des donations à cause de mort ; néanmoins, on se montra presque aussi difficile au sujet de ses formes que s'il s'était agi d'une donation entre vifs (5).

7. — **Révocation des donations.** — I° *Retour successoral* (6). — II° *Ingratitude du donataire* (7). Emprunt aux relations entre patron et affranchi, la révocation pour ingratitude s'était généralisée sous le Bas-Empire et s'appliquait aux donations entre personnes quelconques (8). Elle passa dans l'ancien droit français d'abord moyennant des lettres royaux, puis sans cette condition. Comme c'était une peine, elle n'atteignait que le donataire coupable et non les tiers qui avaient traité avec lui et n'avaient point participé à sa faute (9). — III° *Survenance d'enfants*. Autre vestige des règles romaines sur les donations du patron à l'affranchi (l. *si unquam*) (10), la révocation pour survenance d'enfants était regardée par saint Augustin comme conforme aux idées chrétiennes (11). Elle n'eut pas de peine à se maintenir dans les pays de droit écrit. Comme elle était en harmonie avec la conception germanique de la donation (12), avec

(1) Rozière, *loc. cit.* Cf. don. *post obitum*. Voy. cep. Thévenin, 82 (divorce).

(2) Loisel, 129. Paris, 284. *Secùs*, Bourb., 227. Blois, 163. Dunois, 68.

(3) La jurisprudence entendit dans le sens de l'irrévocabilité la L. du 18 niv. an II. Sur le dr. révolution., cf. Fasquel, 129. C. civ., 1097.

(4) *Secùs*, test. conjonctif. Ici, du moins, la révocation indirecte par aliénation à titre onéreux est possible.

(5) Ord. 1731, 30, 46. Acte notarié, insinuation, mais pas d'acceptation expresse. Le don mutuel peut-il être fait par deux actes séparés ? Les jurisconsultes sont divisés.

(6) Ci-dessus, p. 607, t. II.

(7) Ci-contre, p. 621, 623, t. II. Inexéc. des charges. Pothier, n° 187. Reverdy, Thèse, p. 349.

(8) Cod. Just., 8, 56, 9 et 10. Girard, p. 922.

(9) *L. d. dr.*, 135, 197, etc. Bout., I, 45. Pothier, n° 180. C. civ., 955.

(10) Cod. Just., 8, 56, *de revoc. don.*, 8 (a. 355) ; cf. *F. Vat.*, 272.

(11) *Dec. Grat.*, 2, 17, 3, 43.

(12) Ed. Roth., 171, *supra*, p. 1579. Stobbe, 5, 177. Heusler, *Gew.*, 475.

l'intérêt de la famille, les pays de Coutume l'adoptèrent aussi. Nos anciens auteurs la justifiaient par des raisons assez faibles : le donateur n'aurait pas fait de libéralité, *si cogitasset de liberis*, il ne connaissait pas « la tendresse que la nature met au cœur des pères. » Ces aphorismes étaient peu d'accord avec les faits, car le donateur pouvait avoir eu des enfants et avoir prévu expressément qu'il lui en surviendrait d'autres. En réalité, la survenance d'enfants était une condition résolutoire tacite passée à l'état de précepte obligatoire dans l'intérêt de la famille. Depuis les glossateurs on batailla sur les cas de révocations (donations onéreuses, mutuelles, en faveur du mariage) et sur les effets de celle-ci (*ipso jure* ou par jugement, *ex nunc* ou *ex tunc*) (1). La controverse fut vive surtout à propos des donations par contrat de mariage ; un arrêt célèbre de 1551 décida qu'elles seraient révocables de plein droit (2).

8. — La **donation à cause de mort** (3), se distinguant des anciennes donations *post obitum*, recouvre, à partir du douzième siècle, les caractères qu'elle avait en droit romain. Véritable contrat, comme le don entre vifs, et supposant par suite l'accep-

(1) Combien la doctrine était peu sûre, on peut en juger par le verbeux commentaire sur la L. *si unquam*, où Tiraqueau se perd au milieu des difficultés du sujet.

(2) Cet arr. du Parl. de Paris, 12 avril 1551, fut rendu dans une affaire où Dumoulin était partie. Voulant se consacrer tout entier à l'étude du droit, il avait donné tous ses biens à son frère Ferry Dumoulin (oct. 1531) ; mais en 1538 il se maria avec Louise de Beldon et, en ayant eu un enfant, se pourvut en rescision de la donation en prenant des lettres de chancellerie. Le Parlement lui donna gain de cause. Il fut acquis désormais que les donations faites par contrat de mariage par quelqu'un qui n'était pas tenu de doter seraient révoquées de plein droit (quoiqu'à l'exemple de Dumoulin, on prit souvent des lettres de rescision). La révocation avait lieu *ex tunc* ; mais Dumoulin consentit à ce que les biens qu'on lui restituait fussent grevés à titre subsidiaire d'une hypothèque garantissant le douaire de ses neveux ; cette concession bénévole amena des méprises et des dissidences auxquelles l'Ord. de 1731 essaya de mettre un terme dans son art. 39. Cf. C. civ., 930. Coquille, s. Niv., *Don.*, 13. Papon, *Arr.*, 2, 1, 20. Pasquier, *Inst.* Dumoulin, *De don. in contr. matr. Opera*, III, 513, éd. 1681. Brodeau, *Vie de Dum.*, p. 60. Aubépin, *Infl. de Dumoulin* (*R. crit.*, 1855), bibl. dét. — Sur les pays de droit écrit, cf. Furgole, *Don.*, 11, 10. Maynard, 6, 60, 8. Reverdy, 357.

(3) J. Faber, *Inst. de don.*, et les romanistes (*Tract. univ. jur.*, t. 8, vol. 10). Imbert, *Enchir.*, v° *Don.* Pasquier, *Inst.*, 327. Argou, 2, 15. Ferrière, Guyot, *h. v°* (bibl.). Pothier, t. 8, p. 350, éd. B. — Ci-dessus, p. 652, t. II. Glasson, *Don. à c. de mort*, 1870. *Inst.*, 7, 530. Barrilleau, Thèse, 1878. Salvioli, § 249.

tation du gratifié, elle n'en était pas moins révocable, à l'instar du testament, *a*) par le prédécès du donataire; *b*) par la volonté du donateur; dès lors elle n'emportait pas dessaisissement immédiat du donateur, mais seulement dessaisissement à sa mort (1). On n'exigeait, pour sa perfection, que cinq témoins (au lieu de sept qu'il en fallait pour la validité du testament), ce qui fait qu'on la traitait plutôt comme un codicille. Elle n'était en usage qu'en pays de droit écrit, au profit des fils de famille qui ne possédaient point la capacité de tester (2). En pays de Coutumes, elle s'était confondue avec le testament (3). L'Ordonnance de 1731, article 3, s'inspirant de cette pratique, décida qu'à l'avenir les donations à cause de mort ne seraient valables que si elles étaient revêtues des mêmes formes que le testament : ce qui n'était peut-être pas les interdire (4), mais à coup sûr leur enlever toute utilité (5). C. civ., 893.

§ 5. — *Pactes successoraux* (6).

1. — Les **pactes sur successions futures** (7) interdits à Rome comme immoraux, parce qu'ils risquaient, dit-on, de susciter des espérances criminelles et contenaient un *votum mortis* (8), furent, au contraire, fréquents dans notre société féodale et

(1) L'Ed. de fév. 1549 ne les soumet pas à l'insinuation. Gui Pape, 325, 610.

(2) *Dec. Cap. Tol.*, 454. Serres, *Inst.*, 2, 12 et 7. Après l'Ord. de 1731, la clause de donation à cause de mort validait le testament du fils de famille.

(3) *L. d. dr.*, 116. Bout., 1, 45. Laur. s. Loisel, 667. Arr. 1639. Ricard, *Don.*, 2, 37. Paris, 292; d'ap. l'art. 277, les donations faites *in extremis* ne valaient que comme dispositions à cause de mort; l'Ord. fév. 1731, art. 4, leur refusa même cet effet.

(4) Merlin, *Rép.*, v° *Don. à cause de mort.* Masuer, 24, 23.

(5) Cf. don. de biens à venir, don. entre époux. Code civ. interm. *h. v°*.

(6) E. de Laurière, *Tr. des instit. et des substit. contract.*, 1715. Lebrun, *Succ*, 3, 2, 8. Ricard, *Don.*, 1051. Pothier, t. 1, p. 534, éd. B.; t. 8, p. 145. Bourjon, 5, 3. Denisart, Ferrière, Guyot, *h. v°* et *Inst. contract.*, etc. (bibl. dét.).

Viollet p. 888. Glasson, 3, 143 et suiv. Bonnet, *Disp. par c. de mar.*, 1874. Beseler, *Erbvertraege*, 1837. Hartmann, *id.*, 1860. Kugelmann, *id.*, 1877. *ZfRG*, 5, 472. Stobbe, 5, 179, 277 (bibl.). Heusler, 1, 234; 2, 570, 639. Huber, 4, 662. Schrœder, 728, 739, 771. Salvioli, 249. Pertile, § 121. Cf. ci-après.

(7) Pothier, 2, 62, éd. B. Dumoulin, *Cons.*, 15, 2, 3. Apparition timide sous le Bas-Empire. Cod. Just., 2, 3, 30 (le consent. du *de cujus* valide le contrat passé relativ. à sa succession entre son héritier et un tiers).

(8) P. de F., 15, 7. Masuer, 28, 9. G. Coquille, s. Niv., 27, 12. Favre, *De err. pragm.*, 38, 6, 6. Ord. 1731, 13. — Cf. *Dec. Cap. Tol.*, 453.

monarchique. Ils dérivaient du vieil usage de disposer de sa succession par contrat. Mais on a vu que contre cette pratique une réaction s'était faite dans le sens romain, aboutissant à dissocier les libéralités en deux groupes, testaments et dons entre vifs. Un des résultats de cette réaction fut de cantonner les pactes successoraux dans les contrats de mariage où l'esprit féodal et familial les utilisa jusqu'à la fin pour résister aux tendances modernes où ils se sont conservés de nos jours encore dans l'intérêt du mariage. De ces pactes dont les principaux sont les renonciations à succession future, les stipulations de propres de succession (1), les institutions contractuelles, nous rapprocherons les démissions de biens et les substitutions fidéicommissaires, quoiqu'elles ne figurent pas nécessairement dans les contrats de mariage.

2. — Les **renonciations à successions futures** (2), proscrites par les lois révolutionnaires (3), concouraient, dans notre ancienne société, comme le droit d'aînesse et les substitutions, à la conservation du patrimoine des vieilles familles; en effet, elles avaient lieu, d'ordinaire, au profit du fils aîné (4). Le jour où l'émancipation et le mariage cessèrent d'être à eux seuls des causes d'exclusion des successions, l'esprit de famille eut encore assez de force pour obtenir des fils puînés ou des filles des renonciations aux droits qu'elles venaient d'acquérir contrairement à l'ancienne Coutume (5). En dehors des contrats de

(1) On stipule que certains biens qui auraient dû être communs, seront propres à l'un des époux et à ses héritiers (propres fictifs). Ci-dessus, p. 210, t. II. Ferrière, *h. v°*.

(2) Ci-dessus, p. 593, t. II (exclusion des filles dotées). *NRH*, 1888, 348, 320. — Lebrun, *Succ.*, 3, 8, 1. Pothier, *Success.*, t. 8, p. 30, éd. B. Gide, *Cond. des f.*, 394. Huber, 4, 666. Stobbe, V, 296, 315, n. 24 (bibl.). Sur le dr. princier allemand, cf. not. Schulze, *Erb. und Familienr.*, 1871. Heffter, *Sonderr. d. Häuser Deutschl.*, 1871. Pappermann, *De ordine quo feminae*, etc. 1868.

(3) L. 5 brum. an II, art. 14. L. 17 niv. an II, art. 11. Le Code civil a maintenu la proscription, art. 791. En dehors des raisons politiques qui les ont fait condamner, on peut dire qu'elles sont fort dangereuses; il est rare qu'elles soient libres et éclairées.

(4) Quelquefois au profit des frères, des agnats. Elles portaient sur la succession du père ou de la mère, parfois aussi sur celle des frères. Elles étaient contenues, en général, dans le contrat de mariage du renonçant, mais s'il était majeur, elles avaient lieu aussi dans le contrat de mariage du fils aîné ou des frères et sœurs.

(5) Stobbe, t. V, p. 97. Ci-dessus, p. 593, t. II. Bereng. Fernand, *Op.*, 527. Boucheul, p. 336. Argou, 3, 17.

mariage et de la part des autres héritiers, elles furent rares ou même interdites (1). Elles se produisaient sous la forme de déclarations unilatérales, en présence des parents réunis (2) : l'usage de les fortifier par un serment ne contribua pas peu à les faire tenir pour valables, en dépit des règles romaines (3). L'effet de la renonciation variait ; elle était subordonnée au payement de la dot ou apanage promis, s'éteignait en cas de prédécès du parent ou de la ligne au profit de laquelle elle avait eu lieu (4), ou encore si le renonçant était rappelé à la succession par le *de cujus* (5). La renonciation liait-elle les descendants et héritiers du renonçant? Le point fut discuté (6), mais la fille dotée qui renonçait le faisait, d'ordinaire, pour elle et pour ses descendants ; on le sous-entendit à défaut de déclaration expresse (7).

(1) *Secùs* dr. allemand. Avec le consentement du *de cujus*, l'héritier peut céder ses droits héréditaires à un tiers. Pothier, 3, 206 (vente de droits successifs). Cf. *Schwabensp.*, 35. Stobbe, 5, 296 (renonciation en justice, avec certains symboles). *Schasensp.*, 1, 13. Huber, 4, 664, 667.

Le **pacte de hereditate tertii viventis** est un contrat entre l'héritier et un cessionnaire entraînant pour l'héritier l'obligation de transmettre ses droits successifs au décès de son auteur; il doit donc accepter sa succession; cependant si le cessionnaire est l'héritier du degré subséquent, il répudiera afin que celui-ci bénéficie de la répudiation. La fille dotée qui renonce à la succession de ses parents ne peut ni accepter ni répudier après le décès de ceux-ci; la succession ne s'ouvre pas à son profit. Cf. cep. difficultés pratiques dans Boucheul, *loc. cit.*

(2) Sans que le bénéficiaire eût à accepter (pas plus qu'à l'époque où les filles, les puînés ou les émancipés étaient exclus de la succession). La pratique allemande qui a généralisé les renonciations à succession, en a fait un contrat entre le *de cujus* et l'héritier présomptif. Contrat ou déclaration, elle a effet vis-à-vis des tiers.

(3) Sexte, 1, 18, 2. Difficultés pratiques. Stobbe, 5, 307.

(4) Controverse entre l'*Erbtochter*, descendant du dernier agnat mâle, et les héritiers du renonçant (*Regredienterben*). Stobbe, *ibid.* Cf. clause *bis auf ledigen Anfall*. Boucheul, p. 353 : renonciation sauf réserve de la *loyale échoite* (la sœur succède à son frère dans l'intérêt duquel elle a renoncé à l'hérédité paternelle, s'il vient à décéder sans enfants; elle recueille ainsi une succession collatérale dans laquelle figure l'hérédité paternelle).

(5) Le **Rappel à succession**, possible par testament ou par contrat, est toujours révocable, à moins d'avoir été fait par contrat de mariage (cf. institution contractuelle). Il ne suppose pas l'acquiescement du fils aîné ou des frères intéressés. Il a pour effet de restituer au renonçant ses droits de succession *ab intestat*; cependant beaucoup ne voulaient le considérer que comme un legs. Loisel, 310, 341.

(6) Cf. romanistes, Balde, Bartole, cités par Goden, *Consil*, n° 97.

(7) Cf. L. Salique, t. I. De même l'institution contractuelle, qui est le

3. — L'**institution contractuelle** (1), ou institution d'héritier par contrat, heurte à la fois la règle coutumière *Institution d'héritier n'a lieu* et les principes du droit écrit d'après lesquels l'institution d'héritier ne peut être contenue que dans un testament, c'est-à-dire dans un acte révocable (2). L'*adfatimus* n'était guère autre chose dans la loi des Ripuaires (3), et sous cette dénomination les formules désignent des rappels à succession (4). A l'époque féodale apparaissent des clauses se rattachant au droit d'aînesse : *déclaration de fils aîné et principal héritier* (5), *promesse d'égalité* (6). Ce fut surtout au profit des

pendant de la renonciation à succession future, profite à l'institué et à ses enfants à naître.

(1) De Laurière, *Institut et substit. contract.*, 1715; s. Paris, 299. Boucheul, *Conventions de succéder*, 1727. De Rouvière, *Révoc. des don.*, 1738. Vulson, *Election d'hér. contr.*, 1753. Ricard, Lebrun, Renusson, Pothier, Bourjon, *op. cit.* Furgole, s. Ord. 1731, 13. Maynard, *Quest.*, 5, 90; 7, *pass.* *Parfait Notaire*, éd. Ferrière, 4, 19. Serres, *Inst.*, 2, 14. Bereng. Fernand, *Opera*, p. 460. Eschbach, *R. de lég.*, 1840, 127. Anouilh, *Rhdr.*, 1860, 289. Bonnet, *Disp. p. contr. de mar.*, 1860. Viollet, 863. Glasson, 3, 1, 76; 7, 5, 23 et suiv. Thèses, par exemple Fl. Maury, 1902. — Beseler, Stobbe, etc.

(2) Textes. Laurière, t. I, p. 24, etc. (a. 1044). D. Vaissete, 8, 385 (a. 1185). Anjou, éd. B.-B., 62. Masuer, 32, 6. Bourb., 219. Niv., 27, 12. Poitou, 216. Auv., 15. Marche, 248, etc. Loisel, 308 et suiv. Lamoignon, 39, 2. Guyot, *Sect.*, 1. Ord. 1560, 59; fév. 1566, 57; 1731, 17; 1747, 12, 14. Auffroy, 402. Berry, 8, 5.

(3) Incertitudes sur l'origine et la date de l'institution contractuelle. Beseler, 2, 174. Stobbe, 5, 190. Cf. opinions anciennes : 1° *Origine romaine.* Nov. 19 de Léon le Philos. (ne fut connue en France que par la trad. d'Agylaeus, 1560). Cf. Cod. Théod., 11, 24, 2. Cod. Just., 2, 3, 15, 19, 30. Dig., 39, 5, 29, 2; 45, 1, 61. — L. 19, Cod. Just., *de pactis* (testament militaire, donc privilégié). Basnage, Laurière, Merlin. — 2° *Origine féodale.* L. Feud., 2, 29 (mariage morganatique). Lebrun, *Succ.*, 3, 2, 3, etc. Cf. Montesquieu, *Espr. d. lois*, 31, 34 (les seuls nobles d'abord). Laboulaye, *Cond. d. femmes*, p. 391. — Decius, *Cons.*, 225 : *sub tali pacto nobiles inveniunt nobiliores per quos nobilitas crescit.* Baluze, *Hist. de la maison d'Auv.* (acte de 1425). Automne, *Conf.*, s. l. 15. C., *de pactis.* — 3° *Origine germanique.* Cf. texte. — Sous sa forme définitive, l'institution contractuelle date de l'époque féodale et coutumière; mais le droit de ce temps a surtout utilisé les précédents germaniques.

(4) Ci-dessus, p. 592, t. II. Aoste, 3, 20. Pertile, 4, 10. Rapprochons-en les dons mutuels entre époux. Huber, 4, 663. Stobbe, 1, 192; les *Erbverbrüderungen* de la haute noblesse allemande (alliance entre deux familles; si l'une s'éteint, l'autre lui succède), *ib.*, 5, 194, 277 et suiv. Sur l'*Einkindschaft*, cf. Stobbe, 2, 247. Ci-dessus, p. 146, t. II. Heusler, 1, 234. Ferrière, v° *Rappel* (bibl.). Boucheul, p. 271.

(5) Laur., 1, n° 30; 5, n° 111. Ricard, n° 1064. Argou, 3, 10.

(6) Il y a certaines différences entre l'institution d'héritier proprement dite et ses variantes : *a*) rappel à succession, ci-dessus, p. 681, t. II; *b*) dé-

familles nobles, pour assurer la desserte du fief, que fonctionna l'institution contractuelle (1). Dans la décadence de la noblesse, on la justifiait moins par son côté féodal que par son côté matrimonial; elle semblait concilier heureusement deux intérêts contraires, celui du disposant qui n'attendait pas se dépouiller actuellement, et celui du bénéficiaire à qui, pour fonder une famille nouvelle, ne suffisaient pas les fragiles espérances que donne le testament. La Révolution l'interdit à cause de son caractère aristocratique et féodal (2). Si le Code civil l'a rétablie, art. 1082, il n'a pas osé l'appeler de son nom d'autrefois; la ci-devant institution contractuelle a perdu cette désignation suspecte pour s'appeler donation de biens à venir.

Dans le très ancien droit, l'institution contractuelle se réalisait par voie de tradition (3). Aussi était-elle irrévocable (4), et à la mort de l'instituant le gratifié se trouvait saisi de ses biens, sans pouvoir répudier, puisqu'il avait accepté d'avance. La charge des dettes ne lui était point transmise, à moins de clause expresse (cf. exécuteurs testamentaires) (5). — Dans la théorie

claration de fils aîné qui garantit à l'aîné sa part héréditaire sur les biens présents (et non pas seulement sa légitime); elle n'empêche pas les dispositions à titre onéreux; Loisel, 309; *c*) promesse d'égalité, c'est-à-dire de ne pas avantager un de ses enfants au préjudice des autres, ce qui permet les libéralités au profit d'étrangers. Nov. 19 de Léon. Lebrun, 3, 2, 12. Coquille, s. Niv., 12. Ferrière, s. 318 Paris, Boucheul, 5, n° 28.

(1) Cf. institution d'héritier à charge de prendre le nom et porter les armes du disposant. Ci-dessus, p. 146, t. II. Des lettres du roi sont nécessaires pour changer de nom, mais non pour joindre à son nom celui du disposant.

(2) L. 7 mars 1793; 5 brum. an II; 17 niv. an II; 22 vent. an II; rétablies, 18 pluv. an V; 4 germ. an VII. *C. civ. interm.*, Table, *h.* v° Aron, *NRH*, 1901, 448 et suiv. Cf. C. pruss., I, 12, § 617.

(3) Dronke, *Cod. Fuld.*, 115-119; cf. 104. *M. de Souabe*, 22. **X**, 2, 13, 9. Heusler, 2, 637. Pertile, 4, 8, Stobbe, 5, 178 (*Salmann*), 180, 181, 189 (*Auflassung*, intervention des autorités publiques).

(4) Cf. cep. ci-dessus, p. 665, t. II.

(5) Cf. ci-dessus, p. 642, t. II, transmission des **dettes héréditaires** Si on a eu de la peine à admettre que les successeurs universels fussent tenus des dettes de leurs auteurs, à plus forte raison en a-t-il été ainsi pour les successeurs à titre particulier comme les donataires. Tout au plus ceux-ci pouvaient-ils avoir à payer les dettes présentes (existant au moment de la donation), s'ils y étaient astreints par une clause de l'acte, expresse ou tacite (c'est-à-dire résultant du caractère universel de la donation). L'institué contractuel semble avoir eu, dès l'origine, au point de vue des dettes, la situation de l'héritier *ab intestat*. Cf. *thinx* lombard, ci-dessus, p. 647, t. II. On finit dès lors par le considérer comme tenu *ultra vires*. Cf. Loyseau, *Déguerpiss.*, 1, 11. Ricard, n° 1522. Duplessis, *Don.*,

définitive, assez flottante par certains côtés, l'institution contractuelle est définie *un don irrévocable de succession* (1), et elle a lieu par une clause du contrat de mariage (2) au profit des seuls époux (ou de l'un d'eux) (3) et des enfants à naître du mariage (4). Nos anciens auteurs s'ingénièrent sans grand succès à la

s. 6. Lebrun, *Succ.*, 3, 2, 41. Laurière, t. I, p. 244. Pothier, *Succ.*, 5, 2, 3. Ferrière, s. 334 Paris. Stobbe, 5, 184. — D'ailleurs, ni la donation de biens présents ni la donation de biens à venir n'avaient pour effet de libérer le donateur; il restait exposé aux poursuites de ses créanciers et pouvait être soumis à la contrainte par corps. — Cf. sur la théorie allemande moderne du transport de dettes. Delbrück, *Uebern. fremd. Schuld.*, 1853. Saleilles, *Th. de l'oblig.*, 1890. Gaudemet, Thèse, 1898.

(1) En tout ou en partie, mais à titre universel. Les dons *post obitum* avaient aussi fréquemment ce caractère; ils portaient sur un domaine ou sur un village avec ses cultivateurs, ses droits d'usage, sa chapelle, ou sur l'ensemble des biens présents et à venir. Cf. cep. Beseler, 1, 161, 175. Lœrsch et Schr., *Urk.*, n° 63 (57). Hübner, *Don. post obit.* Le droit allemand oppose l'*Erbvertrag* (institution d'héritier) au *Vermächtnissvertrag* (institution de légataire). Huber, *op. cit.* Stobbe, 5, 298.

(2) Autrefois elle était possible en dehors du contrat de mariage, par exemple Auv., 15, 1, dans un acte de société Benedicti, *in cap. Rayn.*, v° *Duas hab.*, 200. Ainsi s'explique la faculté d'associer un tiers, par exemple un frère de l'institué, au bénéfice de l'institution. Stobbe, 5, 277. (Le droit allemand les admet aussi en dehors du contrat de mariage). Cf. P. de Font., 15, 7. Masuer, 32, 13; 28, 9. Bugnyon, *De leg. abr.*, I, 226.

(3) Non seulement les père et mère (ou l'un d'eux) peuvent instituer leurs enfants en les mariant, mais des collatéraux ou des étrangers le peuvent aussi. Les **donations** faites **par contrat de mariage** par l'un des futurs époux à l'autre, mutuelles ou non, portant sur quelques biens ou sur tout ou partie de leur patrimoine présent et futur, sont valables (car elles ne sont pas suspectes de contrainte ou de captation), sujettes à insinuation (tout comme les dons mutuels entre époux durant le mariage) et non réductibles au quint des propres. Cf. ci-après, Réserve. Contrat de mariage.

(4) Faite à l'occasion du mariage, l'institution devait profiter naturellement aux enfants qui en étaient issus. C'est ce qui arrivait quand les époux ou l'un d'eux en avaient recueilli le bénéfice de leur vivant. Mais si l'institué venait à mourir avant le disposant, ses enfants prenaient-ils la succession à son lieu et place lorsqu'elle s'ouvrait? Cf. ci-dessus, p. 665, 666, t. II (caducité en ce cas à défaut d'enfant). Une clause expresse dut être nécessaire tout d'abord. *Et. de saint Louis.* 1, 119 : *Je vos doing à vos deux et à vos oirs qui de vos deus istront.* On la sous-entendit par la suite. Difficultés sur sa nature et ses effets : substitution vulgaire dans l'opinion commune; cf. transmission directe, substitution fidéicommissaire (qui pouvait être expresse). Les romanistes imaginent une stipulation par le notaire au profit de l'enfant à naître. Boerius, *Decis.*, 172. Gui Pape, 67. En sens contr., Ord. Villers-Cotterets, 1539, 132; fév. 1731, 5. Louet, *D*, 51. Ed. Lambert, *Stipul. p. autrui*, 1893, § 165. L'Ord. 1735, 49, décide que l'héritier institué *par testament* doit être conçu lors du décès du testateur, mais n'interdit pas les legs particuliers au profit des non conçus. Sur la cond. *si nascatur*, cf. Favre, *De error, pragmat.*, 33, 8, 18.

faire rentrer dans les cadres classiques : donation entre vifs pour les uns (1), à cause de mort pour les autres (2), donation double de biens présents et à venir suivant certains, acte amphibie, à la fois contrat et testament, dit Furgole en désespoir de cause, aucune de ces conceptions ne convient aux effets que la pratique lui assignait. Son but est de garantir au bénéficiaire le titre d'héritier. Elle est irrévocable, car elle dérive d'un contrat sur la foi duquel le mariage a été conclu et qui est *la loi de deux familles*. Si le titre d'héritier ne peut pas être enlevé à celui qui l'a reçu, pas plus par testament que par un autre acte (3), il n'en est pas ainsi de l'émolument attaché à ce titre. L'instituant conserve, outre la jouissance de ses biens, le droit d'en disposer à titre particulier (ventes, dettes, même donations modiques) (4), ce qui faisait dire à Laurière : *de tous les pièges qu'on peut tendre par contrat de mariage* (et ils sont nombreux), *il n'en est pas de plus à craindre que les institutions contractuelles*. Contre ce danger on n'était protégé que par des garanties morales, l'honnêteté de l'instituant, l'attachement naturel que celui-ci avait pour ses biens, et par le droit de réclamer en cas de fraude. Du vivant du disposant, l'institué n'avait pas de droits. A sa mort, il était saisi *ipso jure* des biens composant la succession, comme l'eût été un héritier *ab intestat*, et tenu des dettes *ultra vires*, sauf la faculté de répudier ou même d'accepter bénéficiairement (5). Dans les pays de droit écrit, où l'on assimilait l'institution contractuelle à une donation de biens présents et à venir (6), il était admis que l'institué pouvait se

(1) Lebrun, 3, 2, 6. Pothier, I, 534. Bourjon, 5, 3. Conséquences : *a*) insinuation (controv.) ; *b*) prohibition des aliénations à titre onéreux. L'Ord. de 1731, 13, dispense de l'acceptation expresse, et 19, 20, de l'insinuation (au moins en ligne directe) ; *c*) elle n'est pas sujette à la réserve ; *d*) capacité de disposer (aubain, mainmortable, bâtard, fils de famille, etc.).

(2) Ricard, n° 971. Laurière, c. 2. Renusson, *Propres*, 3, 2, 33, cite en ce sens Bacquet, qu'il combat. L'instituant ne donne rien de son vivant. La libéralité est caduque si l'institué meurt avant l'instituant. — Cf. don. *post obitum* (où le donateur ne pouvait survivre au donataire, ordinairement personne morale).

(3) Boerius, *Dec.*, 204. Ingratitude? Surv. d'enfants? Petrus, I, 7.

(4) Réserves. Cf. ci-dessus, p. 666, t. II. Stobbe, 5, 177, 191.

(5) On aurait dû le traiter plutôt comme un héritier testamentaire, p. 1559.

(6) La **donation cumulative de biens présents et à venir** était considérée en pays de droit écrit comme contenant deux donations juxtaposées, l'une de biens présents (qui saisissait immédiatement), l'autre de biens à venir qui produisait les effets d'une institution contractuelle, par

soustraire aux dettes postérieures au contrat de mariage en renonçant aux biens acquis depuis ce moment. On la tenait aussi pour pleinement irrévocable, c'est-à-dire que l'instituant n'avait pas le droit de disposer bes biens présents même à titre onéreux.

4. — La **démission des biens** (1) ne se rattache pas au testament romain *inter liberos*, mais plutôt aux institutions barbares. Chez les Burgondes, les enfants ont droit, du vivant du père, à une part dans la communauté familiale; le père ne peut rien aliéner sans avoir procédé au partage et leur avoir attribué leurs lots (2). A plus forte raison l'usage général (3) autorise-t-il les parents devenus vieux ou atteints d'une infirmité permanente (4), incapables par suite de gérer leur patrimoine, à abdiquer leur situation de chefs de famille,

suite qu'on pouvait accepter ou refuser, etc. Henrys, l. 4, q. 183. Furgole, s. Ord. 1731, art. 17. En pays coutumier, on ne la dédoublait pas, on n'y voyait qu'une libéralité unique conférant au donataire un droit d'option au décès du donateur; il pouvait se contenter des biens présents lors de la donation (et en ce cas il ne payait pas les dettes postérieures), ou prendre la donation tout entière, en bloc, et, dans cette hypothèse, elle avait les effets d'une institution contractuelle aussi bien en ce qui concerne les biens présents qu'en ce qui concerne les biens à venir. Pothier, I, 357. Ord. 1731, 17.

(1) Bibliographie. — Guénois, *Confér. des Coul.*, p. 702. D'Argentré, s. Bret., 266, 4. Loisel, 333, 659. Basnage, s. Norm., 244. Boucheul, *Conv. de succéder*, 8. Boullenois, *Quest. s. les Dém. de b.*, 1727. Pothier, I, 530, éd. B. Argou, 2, 28. Bourjon, 2, 66, éd. 1770. Ferrière, Guyot, Denisart, R. de La Combe, v^is *Dém. de b.*, *Partage*. Britz, 764.

Traités sur les *part. d'ascend.*, not. Réquier, 1868; Bonnet, 1874. *R. de lég.*, 30, 406. *NRH*, 1889, 782. *Acad. lég. Toulouse*, 2, 63. Thèses, par exemple Lyon-Caen, 1866. Viollet, 818. Glasson, 3, 174; 7, 511, 523 et suiv. *France jud.*, 1892, I, 185.

Beseler, *Erbvertr.*, 2, 200. Stobbe, 5, 394. Huber, 4, 541. Brunner, *Forsch.*, 694. Heusler, § 50 et suiv.

(2) Ci-dessus, p. 587, t. II. *Burg.*, 1; 24, 5; 51; 74, 3; 78, 1 (Sur l'histoire de cette loi, cf. Zeumer, *N. Arch. f. ält. DG.*, 25, 258). Schrœder, p. 273. Ficker, *Erbenf.*, 1, 271; 2, 123, 358; 3, 380; 5, 104; 5, 185. Viollet, 818. Cf. émancipation, réserve. *Sachsensp.*, 1, 14. *Watschar*, *swascara* = *propria portio* (part devenue libre par ce partage). Heusler, I, 241. Amira, 122. Ancien usage de piller les biens laissés par les morts. Post, 2, 173. — *Add. Festg. f. Dernburg* (Berlin), 47.

(3) *Form. Andec.*, 57, 34. Marc., 2, 11. F. Merk., 24. Rozière, *Form.*, n° 166 et s., 122 et s. D. Vaissete, V, n° 102. En Frise, *evelganc* (*übel*, malade). Noordewier, *Regtsoudheden*, 255. Grimm, *RA*, 486, 563.

(4) Sociétés primitives où on laisse mourir de faim les vieillasds, où ils se suicident, où leurs enfants les tuent, les mangent par piété filiale! Deniker, *Races*, p. 286. Grimm, *l. c.* Post, 2, 172. Cf. ci-dessus, p. 192, t. II.

comme un fonctionnaire qui prend sa retraite, pour céder la place à leurs descendants (1), c'est-à-dire à de plus jeunes et et à de plus aptes ; leur succession s'ouvrait par anticipation (2) (*faire mortification, se faire mort*) ; ceux qui l'acquéraient s'engageaient en retour à leur fournir des aliments (*victuale, vitale*), des soins et une sépulture convenable (3). — Primitivement, la démission de biens se réalisait par une tradition du patrimoine tout entier (4) : elle emportait dessaisissement actuel et irrévocable (5) ; ou, du moins, elle n'était sujette à révocation que si les bénéficiaires ne remplissaient pas les charges qui leur incombaient (par exemple refusaient de nourrir et d'entretenir leurs parents) (6). — Dans le droit postérieur, l'institution se déforme sous l'action de diverses causes : manque de cohésion de la famille, possibilité d'agir par représentant, simplification de la tradition. L'idée individualiste se fait jour dans l'axiome : *le père ne se déshabille pas avant de se coucher* et aboutit à des combinaisons nouvelles qui écartent parfois la démission de biens (par exemple association entre les parents et les enfants) et qui parfois en limitent la portée (réserve d'une partie des biens). Dans la majorité des Coutumes françaises, la démission universelle persista, mais devint révocable ; quoiqu'elle reposât sur un contrat (7), on la traita comme un testament (sans aller cependant jusqu'à lui en imposer les formes). L'autorité paternelle, le respect dû aux parents y gagnaient, mais au prix de grands inconvénients lorsque les biens étaient passés en mains tierces ; car la révocation avait pour résultat de dépouiller les acquéreurs et elle pouvait se produire à la suite

(1) Rarement à d'autres. Intérêt de la famille et même du seigneur. *L. Feud.*, 2, 14.

(2) Autres systèmes sur la nature de la démission. Vente, contrat innomé (à raison des charges) ; donation *sub modo* ; donation *mortis causa* ; *divisio parentum inter liberos*. Stobbe, 5, 400. A la différence des pactes sur succession future, tout se passe entre vifs, et les effets de l'opération sont immédiats.

(3) Logement, pension, *Allentheil*, *Leibzucht*, etc. Sur la nature de ces droits, cf. Stobbe, 5, 408. Lalou, thèse, 1900. Heusler, 2, 534. Ci-dessus, p. 483, t. II.

(4) La démission a lieu à titre universel. Cf. cep. Bret., 537. *NC.*

(5) *Sic*, Bretagne et quelques autres Coutumes. D'Argentré, s. 266, c. 4.

(6) Cf. ci-dessus, p. 648, t. II.

(7) Que les héritiers étaient libres d'accepter. Le part. d'asc. n'était pas un contrat.

d'une entente frauduleuse entre parents et enfants. On essaya, du moins, de sauvegarder les intérêts des tiers par certaines mesures de publicité (1). — Dans l'ancien usage, la démission de biens était une quasi-interdiction, une sorte de mort civile ; l'ascendant, vivant avec ses enfants, au même pain et pot, réduit à une situation inférieure, ne pouvait acquérir de nouveaux biens ni contracter de nouvelles dettes. Dans le droit de deuxième formation, il perd ses biens, mais garde sa capacité ; il peut donc avoir des biens à venir et des dettes futures, ce qui appelle un règlement à son décès. La pratique hésite. Beaucoup autorisent les descendants à conserver les biens présents, tout en répudiant les biens futurs (c'est-à-dire ceux qui ont été acquis postérieurement à la démission) (2). En ce qui concerne les dettes, les descendants sont tenus (*intra vires*) (3) des dettes présentes, mais non des dettes futures au cas où ils répudient (4). — Rien n'empêchait le démettant de procéder lui-même au partage de ses biens entre les démissionnaires, mais aussi rien ne l'y obligeait ; en tout cas, il fallait arriver au même résultat que si le partage avait eu lieu après son décès ; s'il effectuait lui-même la répartition de ses biens (5), il devait les distribuer tous entre tous ses héritiers (6), conformément à la Coutume (7),

(1) Les démissions se faisaient souvent pour éviter le payement de la taille, ou du moins pour faire classer le démettant à la fin du rôle, au nombre des invalides ; conditions pour cela : acte notarié, homologué par les élus, publié au prône ou au sortir de l'église, signifié aux collecteurs. Controv. sur l'insinuation. Boullenois, q. 10.

(2) Succession vacante. Pothier, *op. cit.* Boullenois, qu. 11.

(3) Ci-dessus, p. 642, t. II. *Add.* Huber, 4, 668 (*intra vires*). Stobbe, V, 398.

(4) Et si l'acte de démission a été insinué.

(5) Cf. P. de Font., 34, 2. Beaum., 47, 11. Artois. 36, 37. Viollet, *Et. de saint Louis*, 3, 3.

(6) L'égalité des parts devait-elle exister lors de la démission ou lors du décès ? Perte fortuite ? En cas du prédécès du démissionnaire, les biens passaient à ses enfants ou, à défaut, à ses cohéritiers ; en l'absence de ceux-ci, ils faisaient retour au démettant.

(7) Allemagne : attribution du patrimoine aux *Ganerben*, à l'*Anerbe* chargé de fournir des *Abfindungen* à ses frères. Ci-dessus, p. 598, t. II. Heusler, *loc. cit.* Stobbe, 5, 401. En France, le droit d'aînesse est une clause fréquente des partages d'ascendants, et c'est souvent par cette voie qu'il s'introduit. Cf. ci-dessus, p. 594, t. II. Le chroniqueur Dudon de Saint-Quentin, 4, 128, rapporte que Richard Ier, duc de Normandie, sur le point de mourir, en 996, désigna son fils aîné pour lui succéder en le chargeant de donner à ses frères de quoi vivre honorablement. Dans le droit postérieur, la règle coutumière s'impose aux parents. *TAC. Norm.*, 10, 2, 3. Dis-

et cela sous peine de nullité (1). — La démission de biens n'a pas été abolie par les lois révolutionnaires; mais il fallait se conformer pour le partage à la réglementation nouvelle en matière de succession *ab intestat*. Dans le Code civil, art. 1075, le nom de démission de biens a disparu, mais l'institution se retrouve confondue avec le partage d'ascendants dont l'avait rapproché son caractère révocable (2).

5. — **Partages d'ascendants** (3). — Les répartitions de biens faites par les parents entre leurs enfants par acte de dernière volonté présentent de grands avantages pratiques; elles se font sans frais; les biens sont distribués d'une manière plus intelligente en tenant compte des aptitudes de chacun; enfin on prévient les querelles entre frères. Les pays de droit écrit (4) et même les pays de Coutumes (5) empruntèrent au droit romain (6) ce genre de dispositions : de là le nom de *devise* donné

tinction entre les Coutumes de préciput et d'égalité. Ci-dessus, p. 640, t. II. Britz, 764 : inégalité possible par *advis de père et mère* assistés de deux parents.

(1) Déjà dans l'ancien droit on observe une tendance à exiger que chaque héritier ait une part en nature de chacun des biens de la succession, ce qui aboutit à une répartition mécanique et inintelligente, de nature à diminuer beaucoup les avantages du partage d'ascendants. C. civ., 834. La jurisprudence actuelle l'a encore exagérée. Cf. traités de Réquier, Barafort, etc. Glasson, *Réf. soc.*, 1889, 209. De Foville, *Le morcellement*, 1885. Ci-dessus, p. 633, t. II. Thèses : Henry, 1895. Caillet, 1900. Méjan, *id.*

(2) Pratiquée dans le Midi, quoique contraire à la règle : *nulla viventis hereditas*, la dém. de biens y était envisagée : a) comme une don. *mortis causa* pour les biens à venir, et *b*) comme une don. entre vifs pour les biens présents (et en ce cas elle est irrévocable, devait être acceptée expressément, insinuée). L'enfant omis aurait eu droit seulement à sa légitime, car le droit écrit permettait d'avantager un ou plusieurs des héritiers.

(3) Bibl. ci-contre, § 4. *Add.* Furgole, *Test.*, 8, 1, 141.

(4) *Brachyl.*, 2, 25. *Liber instrum. memor.*, p. 172 et suiv.

(5) Bret., 560. Bourb., 216. Poitou, 219. Niv., 34, 17. Bourg., 7, 6, etc. Quelques Coutumes autorisent même les partages entre collatéraux. Amiens, 91, etc. Louet, *P.* 24.

(6) A. *Divisio inter liberos* permise tout d'abord au père seul, à raison de la *patria potestas*, puis à la mère et aux ascendants. D., 10, 2. 20, 3; 39, 5. Cod. Théod., 2, 24. Cod. Just., 3, 28, 8; 3, 36. 21, 26 (Auth., *Si modo*). Nov. Just., 18, 7, 107, 3. Les descendants ne cessent pas d'être héritiers *ab intestat*. — B. *Testamentum inter liberos*. *C. J.*, 6, 23, 21, 3. Nov. Just., 107, 2. Mode de distribution créant des héritiers testamentaires et dispensé des formalités des testaments Lebrun, *Succ.*, 4, 1. 8, ne distingue pas la *divisio* et le testament *inter liberos*; il est dans le sens de la tradition coutumière; à l'époque où l'institution d'héritier disparut, ces deux sortes d'actes se confondirent.

fréquemment au testament, parce que c'est dans les testaments qu'elles sont contenues (1). Elles étaient vues avec faveur et dispensées des formalités ordinaires de ces actes; il suffisait que « la volonté du testateur fût certaine et constante; » ainsi en pays de droit écrit, il était permis, à titre exceptionnel, d'user dans ce cas du testament olographe (2). Le partage pouvait être révoqué par son auteur comme toute disposition testamentaire (3), à moins qu'il ne figurât dans un contrat de mariage (4). A la mort de l'ascendant, les copartagés recueillaient les biens en qualité d'héritiers *ab intestat* (saisine, obligation *ultra vires*). Dans les pays coutumiers, le partage était nul s'il n'était pas fait entre tous les enfants et ne portait pas sur tous les biens que les parents possédaient à ce moment (5). En pays de droit écrit, il n'était pas nécessaire que les parts fussent égales (6), pourvu que la légitime n'eût reçu aucune atteinte (7).

6. — **Substitutions fidéicommissaires** (8). — On entend par

(1) Ragueau, *h. v°*. Cf. du Cange, v° *Divisa*, *Ordinium*, *Fors de Béarn*, éd. Mazure, p. 174 : *ordi*, Beaumanoir, éd. Salmon. Gloss., v^is *Devis*, *Deviser*.

(2) Serres, *Inst.*, 2, 10 (p. 219, éd. 1771). Cf. Ord. 1735, 17.

(3) Même quand il était signé par les copartagés.

(4) Comme d'ailleurs la démission de biens.

(5) Les copartagés se divisent les acquisitions postérieures au partage.

(6) En pays de Coutumes, *id.* d'après les coutumes du préciput; mais dans les cout. d'égalité, une lésion de quelque importance (un 6^e^ en Bretagne) entraîne la nullité de l'acte.

(7) Droit au supplément de la légitime.

(8) Bibliographie. — *Tract. univ. jur.*, vol. X. Peregrinus, *De fideicommissis*, 1670 (1760), *add.* de Censalius. Fusarius, *De substit.*, 1641, 1697. Knipschildt, *De fideicom. famil. nob.*. 1626. De Laurière, *Inst. et substitutions contractuelles*, 1715; cf. Boucheul, *Conv. de succéder*, p. 12. Vulson, *Elections d'héritier contractuelles*, 1753 (B. de Merville), *Maximes s. les inst. d. don.*, 1736. De la Rouvière, *Révoc. des don. legs*, etc., 1738. Loisel, 329. Fleury, *Inst.*, 1, 320. Ricard, *Tr. des substit.*, dans ses *Œuvres*, t. II, p. 244, éd. 1713. Henrys, *Œuvres*, t. III, p. 85, éd. 1738. — Sur l'Ord. de 1747, cf. not. d'Aguesseau, *Œuvree*, t. XII, p. 476, éd. Pardessus : *Lettres inéd.*, éd. Falgairolle, 1887. *Quest. concern. les subst. avec rép. des Parlements*, 1770. Sallé, *Esprit des Ord. de L. XV*, 1752. Serres, *Explic. de l'Ord.*, 1756. Furgole, *Comm. s. l'Ord.*, 1769. Thévenot d'Essaule, *Subst. fidéicom.*, 1778. — Pothier, *Tr. des substit.*, 1777 (t. 8, éd. B). Bourjon, t. II, p. 153, éd. 1770. Ferrière, Denisart, R. de La Combe, Guyot, v^is^ *Subst.*, *Fidéicommis*, *Majorat*, etc. Serres, *Inst.*, 2, 15, 16, 23. Julien, *Elém.*, 242. Bretonnier, *Quest. h. v°*. Britz, 740.

Villequez, *Rhdr.*, IX, 97. *NRH*, 1889, 782. Thèses, par exemple Martin Saint-Léon, 1886; Verdelot, *Bien de famille en Allemagne*, 1899. Viollet, 879. Glasson, 7, 466, 550. Ci-dessus, p. 595, t. II; *add.* sur le droit d'ai-

là une disposition, contenue dans un testament ou dans un contrat, par laquelle on charge le gratifié (ou *grevé*) de conserver les biens qu'on lui transmet et de les rendre, à sa mort, à un tiers qui lui est *substitué* (autrement dit : *à l'appelé*); celui-ci peut être, à son tour, chargé de conserver et de rendre à un autre, et ainsi de suite, quand la substitution est *graduelle* ou à plusieurs degrés (1). L'individu règle ainsi le sort de son hérédité pendant une ou plusieurs générations; il en dispose au profit de personnes qui ne seront pas encore nées à sa mort; il crée un *ordo successivus* particulier, différent de la dévolution coutumière ou légale. Le plus souvent les substitutions étaient faites de mâle en mâle, par ordre de primogéniture; elles constituaient des **majorats**, c'est-à-dire, en donnant à ce mot son sens large, des fidéicommis perpétuels, indivisibles, en faveur de l'aîné de la famille, *major natu*; elles renforçaient le droit d'aînesse en conservant intact le patrimoine de la famille, malgré les malheurs, les dissipations ou les maladresses de son chef. Ce fut une des pièces maîtresses de l'ancienne constitution de la noblesse; on a pu prétendre que l'Angleterre lui devait une part de sa grandeur (2); de nos jours, en Allemagne,

nesse, d'Espinay, *NRH*, 1895, 136; 1896, 365. Thèses : Charlot, Villeboisnet. Stobbe, II, 549, § 138 (bibl., Schrœder, 283, 736. Heusler, I, 223. Huber, IV, 627. Kohler, *Abh.*, 89. Gierke, *Handh. d. Staatswiss.*, v° *Fideik.* — Pollock et M., II, 13 et suiv. Lehr, p. 268. Glasson, *Inst. Anglet.* 6, 274. — Pertile, 4, 151. Salvioli, 514. Torre, *Tract. de success. in majoratu*, 1686. — *Siete Part.*, 6, 5; 9, 22. Molina, *De Hispan. Primog. orig.*, 1573.

Sur les substitutions, cf. aussi les écrits des économistes, par exemple Sismondi, Cauwès, etc.

(1) Sur les substitutions vulgaire, pupillaire, cf. Argou, *loc. cit.* On les appelle quelquefois *directes* par opposition à la substitution fidéicommissaire qui est dite *oblique*. Substitution dans les apanages, cf. Pothier, *Fiefs*, I, I.

(2) **Droit anglais.** L'histoire des substitutions est fort compliquée. Distinguons dans ce bref aperçu les fiefs conditionnels de la *common law*, les fiefs constitués en vertu du statut *de donis*, les arrangements de famille ou *settlements* depuis le dix-septième siècle. — A° Les *fiefs conditionnels* étaient réservés à une certaine classe d'héritiers du donataire (par exemple aux hoirs du corps à l'exclusion des collatéraux, aux mâles à l'exclusion des femelles) à défaut desquels ils faisaient retour au donateur (ou à ses héritiers). Les gratifiés cherchaient à empêcher ce retour en aliénant leurs fiefs aussitôt qu'un enfant leur était né et en les rachetant ensuite pour les rendre transmissibles à leurs héritiers directs ou collatéraux. — B° Le second statut de Westminster, 1285, *de donis conditionalibus*, fit revivre les substitutions dans les fiefs taillés (c'est-à-dire limités), par exemple dans ceux qui sont concédés avec clause qu'ils ne passeront qu'aux en-

sa suppression ou son maintien fait l'objet d'une vive controverse.

Elle n'est pas très fréquente en France ni ailleurs avant le douzième siècle (1) pour ce motif sans doute que jusque-là les intérêts de la famille étaient sauvegardés par d'autres moyens. A

fants mâles du donataire et à leur défaut retourneront au donateur. Par degrés, les biens substitués furent rendus libres, mais ceci ne se produisit guère que du temps de Henri VIII. Blackstone, II, 7. Cf. Pollock et M., II, 11 et suiv. Sur la *reversion* (retour au disposant) et le *remainder* (*remanere*, reversibilité à des tiers). Lehr., p. 310. — C° Au commencement du dix-septième siècle, le domaine patrimonial se trouvait exposé à être désagrégé, parce que le propriétaire actuel pouvait les aliéner ou en disposer par testament; le droit d'aînesse à lui seul ne suffisait pas à le conserver dans son intégralité. C'est alors que la haute *gentry* imagina des arrangements de famille aux termes desquels les héritiers se mettaient dans la situation des grevés de substitution. Encore aujourd'hui on estime que plus des deux tiers du sol sont soumis à ce régime dont Blackstone ne semble pas avoir compris la formation. Il est vrai que ni les lois ni le Parlement ni les tribunaux ne lui étaient favorables; légalement, les substitutions n'étaient licites que pour la vie d'une ou plusieurs personnes vivantes, plus celle d'un personne à naître jusqu'à ce qu'elle eût vingt et un ans, ce qui équivalait à peu près à les limiter à une durée de quatre-vingts ans; mais l'aristocratie anglaise renouvela ces substitutions temporaires de manière à les rendre perpétuelles en fait. Boutmy, *Dévelop. de la const. en Anglet.*, éd. 1898, p. 246. — D° Cf. régime des *trusts*, mot que l'on traduit assez mal par fidéicommis : un bien est confié à une personne (*trustee*) dans l'intérêt d'une autre (*cesluy que trusl*). Ci-dessus, p. 352, t. II. Lehr, p. 268. Pollock et M., 2, 226. Pollock, *Landl.*, 223. *France jud.*, 1877-1878, p. 129.

(1) On en trouve dans le Midi dès le dixième siècle. D. Vaissette, V, 255 (a. 966); 891 (a. 1121); 958 (a. 1129); 1173 (a. 1154); 1177 (a. 1155), etc. Cf. *ibid.*, 237, 238, 241, etc. *Liber Instr. memor.*, p. 172 et suiv. Tantôt il est interdit d'aliéner jusqu'à vingt-cinq ou trente ans, tantôt l'interdiction est absolue. *Petrus*, I, 16. Montp., 56. Haenel, *Dissens. domin.*, p. 465. Pasquier, *Doc. rel. à Boussagues*, 1901. X, 3, 26, 16, 18. Gui Pape, 103, 232 (bibl.). *Decis. capellae tolos.*, q. 454, 455. Boer., *Dec.*, 38, 147, 156. Menochius, *Praes.*, 189. Ci-dessus, p. 654, t. II (exécuteurs testamentaires appelés *fideicommissarii*). Du Cange, *h. v°*. Auffroy, *Th.*, 500. *Ass. de Jérus. Abrégé de la C. de Bourg.*, c. 39. — Allemagne : clauses analogues, par exemple si le gratifié meurt sans postérité, les biens qu'il a reçus iront à un tel; défense d'aliéner à qui que ce soit ou sauf à un tel, etc. Mais fréquemment les dispositions sont faites *zu gesammter Hand* (indivisément) avec exclusion des cognats (ex. dès 1075, *Bair Akad. hist.*, 14, 2, 78); les biens sont indivisibles et inaliénables; il se forme une *Ganerbschaft* (litt. *cohéréditè*, mais plutôt *communauté*). Ci-dessus, p. 244, 586, 632, t. II. Schrœder, 273. Verdelot, p. 27. Au quatorzième siècle apparaît l'établissement d'un ordre successif. C'est là ce qui a précédé le fidéicommis de famille du dix-septième siècle. S. Meyer, *Beitr. z. Gesch. d. fideic. Subst.*, 1878, et *ZRG*, 15, 131. Stobbe, *loc. cit.* Brunner, *Grundz.*, p. 210. Pertile, 4, 152, cite une substitution à Bergame en date de 1076 (Lupi, II, 706). *Stat. Venet.*, 4, 7. En Espagne, on constate leur existence en 1291.

ce moment, la diffusion du droit romain et de son fidéicommis *familiae relictum* (*ne heres fundum alienaret et ut in familia relinqueret*) (1), l'admission de l'aînesse féodale donnèrent à l'institution ses traits essentiels. Mais elle existait en puissance longtemps auparavant. Sans parler du fidéicommis de famille en usage chez les Anglo-Saxons au huitième siècle (2), en pays franc, il n'est pas malaisé de trouver dans les actes les matériaux dont l'amalgame constituera les substitutions : réserves et clauses de retour rendant inaliénables les biens dont on dispose, attribution de ces biens à une personne et à sa *genealogia*, réglementation de leur sort au cas où le gratifié meurt sans postérité ; plus tard, à l'époque féodale, les fiefs sont attribués à une certaine classe d'héritiers du vassal et, durant sa vie, ce dernier ne peut les aliéner (3). Avec de tels précédents, la genèse des substitutions est des plus naturelles (4). Elles furent une restauration partielle, au profit de la noblesse, de l'ancienne constitution de la famille (5). Plus les

(1) D., 35, 2, 54; 30, 114, 14, 15 (rescrits de Sévère et Antonin). Nov. 159 (4 degrés). Girard, p. 282, 912 (sur le fidéicommis en général). Zachariae de Lingenthal, § 53.

(2) Brunner, *Zur Rechtsgesch. der röm. u. germ. Urkunde*, p. 190 (cite Kemble, 147, 169, 299, 327. Ælfred, 41). Shrœder, p. 285 (avant l'a. 770, don. à un comte et à sa *genealogia*). Cf. ci-dessus, p. 665, 606, t. II. V. sur les apanages, leur retour au domaine, Maffert, thèse, 1901.

(3) « Le fief n'est pas un bien libre, il est *vinculé* à deux points de vue : au profit du suzerain au profit des agnats du vassal. A ce dernier point de vue, il se rapproche du fidéicommis. » Guilhiermoz, *Nobl.*, 200. Lagouelle, *Th.*, 1902.

(4) Sur l'origine espagnole des substitutions, communément admise autrefois (voy. p. ex. Ferrière, *h. v°*), cf. Pfaff et Hofmann, *op. cit.*, p. 32. Mais il existait en Allemagne et en Italie des substitutions analogues aux *mayorazgos* ou majorats espagnols avant que l'influence de l'Espagne se fût fait sentir. A partir du dix-septième siècle, multiplication des fidéicommis de famille en Espagne, Lois de Toro, 1505 ; en Italie, Edit du 16 juillet 1648 de C. Emmanuel II, etc. *Cost. piemont.*, 1770, VI. En Allemagne, cf. *Landrecht* prussien et la plupart des Codes du dernier siècle. Cf. ci-dessus, Angleterre.

(5) **Droit allemand.** La théorie des fidéicommis de famille s'est fixée au dix-septième siècle, en particulier dans les écrits de Knipschildt. Cet auteur rapproche les biens substitués des *Stammgüter;* ils se constituent soit par testament, soit par contrat (à la différence du fidéicommis romain) ; la dévolution des biens s'opère *ex pacto et providentia majorum*. La restriction des substitutions à quatre degrés (Nov. 159) n'est pas admise ; celles-ci sont perpétuelles, car il s'agit de maintenir indéfiniment la puissance des familles. Pour cette même raison, les biens sont substitués d'ordinaire au profit des mâles et de l'aîné des mâles (*secùs*, dr. romain). Avec le temps,

vieilles mœurs s'altérèrent, plus les substitutions devinrent fréquentes, au moins chez ceux dont elles faisaient la force. Elles rendaient le patrimoine héréditaire indivisible, inaliénable, insaisissable, ce qui était un frappant retour au passé; elles ne donnaient au chef de famille qu'un droit de propriété limité, ainsi en était-il primitivement; ses dettes lui restaient personnelles et ne grevaient pas les biens dont il avait le dépôt, autre règle archaïque; enfin, à sa mort, ces biens passaient à des héritiers choisis indépendamment de sa volonté, et autrefois on décidait de même. Dans le droit plus récent, en France du moins, cette conception perdit peu à peu du terrain, et la législation monarchique, assez défavorable aux substitutions, y voyant une *pépinière à procès*, modifia dans une certaine mesure le régime des biens substitués.

La substitution résulte non de la loi ou la coutume, mais d'une déclaration de volonté, testament ou contrat; en Allemagne, on a exigé quelquefois, en outre, une approbation du souverain ou de la justice. Elle porte surtout sur des immeubles, quoique des meubles se trouvent compris dans les substitutions universelles et que, de nos jours, on constitue parfois des fidéicommis de capitaux. La volonté du disposant est souveraine en ce qui concerne la désignation des appelés; tantôt la substitution est faite au profit de la famille du grevé, tantôt au profit du membre de la famille que le grevé choisira (1); le plus souvent les biens sont réservés aux seuls agnats mâles, et le fidéicommis se transmet intégralement suivant les systèmes du *séniorat* (au profit du plus âgé de la famille), du *majorat* (*sensu stricto*, au profit du plus âgé parmi les plus proches, sans

les *Stammgüter* et les biens substitués se sont distingués : ces derniers supposent une disposition spéciale, les autres sont institués par la loi ou la coutume; le *Stammgut* est aliénable et saisissable dans certains cas, et non le bien substitué (mais cette différence s'est atténuée); l'hérédité du *Stammgut* a lieu d'après le droit commun et non *ex pacto et providentia majorum*. Les *Grundechte*, § 18, du Parlement de Francfort, en 1848, abolirent les fidéicommis, mais leur décision n'eut pas d'effet durable. Le Code civil actuel laisse aux législations locales le soin de réglementer cette matière. En 1895, il n'y avait en Prusse qu'environ 2 millions d'hectares substitués sur près de 35 qu'en contient le territoire de ce pays. Blondel, *Popul. rurales de l'All.*, p. 435 (bibl.). Régnier, thèse, 1900 (*Distinctions de classes dans la société allemande actuelle*).

(1) Brillon, Ferrière, *h. v°*. Vulson, *op. cit.* Guyot, v° *Choix*. Ord. 1735, 62 et suiv.

représentation), et surtout de la *primogéniture* (*majorat sensu lato*, au profit de l'aîné de la branche aînée, avec représentation) (1). L'appelé succède *ex pacto et providentia majorum*; il ne tient pas les biens héréditaires du grevé, mais du disposant, ce qui fait que les actes du grevé ne lui sont pas opposables en principe. Le grevé ou titulaire actuel du fidéicommis a la pleine propriété des biens substitués (domaine éminent et domaine utile) (2); il en a la possession et la jouissance; il est même autorisé à en modifier l'exploitation; il exerce les honneurs et dignités attachés à ces biens. On exige seulement qu'il ne compromette pas les droits des appelés. Ainsi il doit gérer en bon père de famille sous peine de dommages-intérêts. Il ne saurait aliéner les biens substitués (3). S'il le fait, deux solutions sont possibles : laisser subsister l'aliénation jusqu'à son décès, ou le considérer comme déchu de ses droits et admettre l'ouverture immédiate de ceux des appelés; cette dernière solution serait plus conforme à l'esprit de l'institution, mais on ne l'a pas admise en France, sous prétexte qu'il suffit, dans l'intérêt de la famille, que l'appelé puisse reprendre le fidéicommis, si la substitution s'ouvre à son profit. On se demanda si le consentement des appelés validait l'aliénation; en fait, il est fort rare, pour les fidéicommis graduels, que tous les appelés puissent consentir; au cas où cela arriverait, les jurisconsultes français décidèrent que l'aliénation serait valable, quoique l'on eût pu voir de la part des appelés une renonciation à succession future. Le droit de l'appelé est, en effet, un droit de succession, une expectative comparable à la réserve; s'il survit au grevé, il recueille les biens substitués, et comme un héritier *ab intestat*, il devrait être saisi de plein droit; mais l'Ordonnance de 1747 (10, 1) le traite comme un légataire et l'oblige à demander la délivrance au grevé (ou à sa succession); celui-ci restitue les biens héréditaires, sauf la légitime et la quarte trebellianique en pays de droit écrit. Durant la vie du grevé, l'appelé pouvait

(1) Parfois il était d'usage d'attribuer aux cadets de la famille que le fidéicommis déshéritait un apanage. Pertile, 4, 156. Maffert, *Apanages*, thèse, 1901.

(2) Controv., cf. Stobbe, 2, 562. Voy. Apanages. — Sur les biens de souche, *Stammgüter*, des familles de haute noblesse et la question de la personnalité juridique de ces familles, cf. Verdelot, p. 109 et suiv. (bibl.).

(3) Cf. cependant fidéicommis *de eo quod supererit*. — Sur les clauses d'inaliénabilité, cf. thèses : Besnus, 1899; Fourrier, 1900. Henrys, 5, 49.

tout au plus exercer des actes conservatoires: un inventaire préalable à l'entrée en jouissance du grevé, la vente des meubles substitués suffisaient d'ordinaire pour sauvegarder les intérêts de l'appelé: s'il y avait des abus caractérisés comme une destruction d'édifices, celui-ci pourrait se faire donner caution ou se faire envoyer en possession. En cas de procès contre le grevé au sujet des biens substitués, les condamnations n'étaient opposables à l'appelé que si le ministère public était intervenu, et encore était-il loisible à celui-ci de se pourvoir par la requête civile contre des instances où il n'avait pas été partie.

On justifiait les substitutions à l'époque monarchique par deux motifs : 1° l'intérêt des enfants et de leur postérité; les père et mère qui avaient un fils dissipateur l'empêchaient de se ruiner à l'aide d'une substitution; celle-ci était alors une sorte d'interdiction domestique sans scandale, mais aussi sans garantie (1); 2° l'intérêt de la noblesse; « dans les grandes maisons dont les biens consistent en terres, les substitutions sont devenues presque nécessaires par les prodigieuses dépenses où sont entraînés les seigneurs qui ont à soutenir des noms illustres et des emplois proportionnels à leur naissance; » elles apparaissent donc comme l'indispensable complément du droit d'aînesse (2). — Mais ces résultats n'étaient obtenus qu'au prix de grands inconvénients, surtout tant que les substitutions purent être perpétuelles et occultes. *Perpétuelles* : dont les biens qui étaient frappés se trouvaient hors du commerce; et pour peu que cette masse de biens fût considérable, il en résultait un obstacle sérieux au développement de la richesse publique (3). *Occultes* : donc le grevé passait pour propriétaire définitif et jouissait, en raison de cela, d'un crédit fictif; sa situation était un piège tendu à la confiance publique; bien peu résistaient à

(1) L. *Si furioso*, Dig., 27, 10, 16. Cf. *exhérédation officieuse*, ci-dessus, p. 622, t. II. Ferrière, v° *Subst.*

(2) Verdelot, p. 247, analyse les récents écrits allemands pour ou contre les fidéicommis. Cf. ci-dessus, p. 694, t. II. Petiet, Thèse, 1901 (le foyer stable). Rey, *Noblesse*, thèse, 1902.

(3) Droit musulman : à côté de la propriété *melk* (semblable à notre propriété individuelle) existe le *wakf* ou *habous*, bien attribué à perpétuité à une œuvre charitable, sorte de fondation, mais avec cette particularité qu'il passe d'abord entre les mains de dévolutaires intermédiaires désignés par le disposant. On l'a comparé au bien substitué. Lescure, th., 1900 (bibl.). Dareste, *N. Et.*, 344.

la tentation d'abuser de la bonne foi des tiers : si les vieilles familles gardaient leurs biens, ce n'était qu'avec la honte d'une faillite à chaque génération. Guy Coquille (s. *Niv.*, 23, 10) déplore le sort des créanciers fraudés et des gendres abusés *qui, si souvent, trouvaient coquine l'hérédité qu'ils pensaient être bien riche* (1). L'Ancien Régime dut remédier au mal : *a*) l'Ordonnance d'Orléans, 1560, article 59, limita les substitutions à deux degrés, institution non comprise (2); *b*) divers édits ou ordonnances du seizième siècle (3), notamment l'Ordonnance de Moulins, 1566, article 57, organisèrent la publicité des substitutions; elles durent être lues à l'audience et insinuées (4). Mais ces lois furent assez mal appliquées; elles n'étaient pas en vigueur dans les provinces nouvellement réunies à la France; on discuta sur certaines de leurs dispositions, par exemple sur le calcul des degrés (5); les Parlements du Midi maintinrent les substitutions jusqu'au quatrième degré. On se décida enfin, — bien tard, — à établir en cette matière une législation uniforme ; ce fut l'œuvre de l'Ordonnance d'août 1747, qui ne fit guère que codifier le droit antérieur, améliorer et fixer la jurisprudence, mais qui, sans beaucoup innover, n'en rendit pas moins de grands services en coupant court à un grand nombre de procès (6).

(1) Mesures dans l'intérêt des créanciers par le pape Clément VIII. Pertile, 4, 159.

(2) L'Ord. de 1560 ne statuait que pour l'avenir; l'Ord. de Moulins, fév. 1566, art. 57, limita à quatre degrés les substitutions antérieures. Cf. Edit de 1598 de Ch. Emmanuel Ier pour le Piémont. Marie-Thérèse les restreint à deux degrés. Pertile, 4, 162.

Les substitutions perpétuelles restaient possibles moyennant des lettres patentes du roi, et celles-ci n'étaient même pas nécessaires pour les duchés-pairies. Edit de mai 1771 sur les pairies. Thévenot, p. 463.

(3) 1539, 1553, 1566, 1690. Cf. Isambert, Table, *h. v°.* Argou, 2, 14. Ci-dessus, p. 672, t. II.

(4) Mesures de publicité en Italie depuis 1491. Pertile, 4, 159. Cf., pour l'Allemagne, Stobbe, *op. cit.*

(5) Ord. 1629, art. 124 et suiv.

(6) D'Aguesseau ne pensait pas grand bien des substitutions : « l'abrogation entière de tous les fidéicommis serait peut-être », disait-il, « la meilleure de toutes les lois... Mais j'ai peur que, pour y parvenir, surtout dans les pays de droit écrit, il ne fallut commencer par réformer les têtes, et ce serait l'entreprise à une tête qui aurait elle-même besoin de réforme. » Lettre du 24 juin 1730. Montaigne 2, 8, s'élève contre les substitutions masculines que *nous prenons*, » dit-il, « *trop à cœur, et par lesquelles nous proposons une éternité ridicule à nos noms.* Montesquieu, *Espr. des lois*,

Abolies par la Révolution en haine de la féodalité (D. 25 oct.-14 nov. 1792) (1), les substitutions furent aussi prohibées en principe par le Code civil, art. 896, pour ce motif et pour des raisons économiques (2) (intérêt de l'agriculture, du crédit, circulation des biens, etc.) (3).

§ 6. — *Réserve et légitime* (4).

1. **Législation barbare.** — Le point de départ, tout au

5, 9. Au XVII[e] s., P. Navarretta et Diego de Saavedra critiquent aussi les substitutions. Adami, *Leggi s. manimorte*, p. 13. Flammer, *Dr. civil de Genève*, p. 20. Fenet, XII, 516.

(1) Sagnac, p. 224. Cf. Du Casse, *Mém. du roi Joseph*, II, 299 (1856). Abolition en Toscane, 1782. Pertile, 4, 162. — Quelques Cout., Norm., Auv., Niv., les prohibaient déjà (par testament). Bretonnier, *op. cit., in fine.* — *Code civil interm.* Table, *h. v°.* — Les romanistes les tenaient pour *odiosa* (Alciat, etc.).

(2) Aron, *NRH*, 1901, 586.

(3) *Législation antérieure.* — A° **Majorats** (D. 30 mars 1806; sénatus-consulte 14 août 1806; 1[er] mars 1808) au profit de la nouvelle noblesse créée par Napoléon. Les biens formant la dotation des nouveaux titres de noblesse sont grevés de substitutions perpétuelles et se transmettent de mâle en mâle par ordre de primogéniture. Ils ont été interdits pour l'avenir et à peu près abolis dans le passé par les lois du 12 mai 1835 et 7 mai 1849. Rondonneau, *Coll. des lois conc. les maj.*, 1808. Desquiron, *Comm. s. le statut de 1808*, 1809. Merlin, v° *Maj.* Valette, *Rapp. s. l. 1849.* — B° **Substitutions permises.** Le Code civil lui-même permettait, à titre exceptionnel, les substitutions officieuses, pourvu qu'elles ne créassent point d'inégalités entre enfants, art. 1048. Sous la Restauration, il fut question de rétablir le droit d'aînesse, la loi du 17 mai 1826 (abrogée, 1849) autorisa les substitutions au profit d'un seul des enfants.

(4) Bibliographie. — Ci-contre, p. 103, 370, 581, 646, 665, t. II. — *Tract. univ. jur.*, t. 8. J. Faber, *Inst.*, f[os] 57, 69. G. Durand, *Specul.*, 4, 3. *Decis. Cap. Tolos.*, 438. Ferrerius, *Tract.*, 1652. — Gui Pape, q. 96, 476, etc. Papon, *Premier notaire*, 7, 4. Charondas, *Pand.*, 3, 12. Loisel, 329. Pasquier, *Inst.*, 412, 448. L'Hommeau, p. 519. Lamoignon, *Arr. in fine.* Domat, 3, 3. Renusson, *Propres*, c. 3. Duplessis, 585 Ricard, *Don.*, 1, 6; 3, 8. Lebrun. *Succ.*, 2, 4. Ferrière, s. Paris, 292, 295. Pothier, 8, 420, éd. B. Bourjon, I, 868. Argou, 2, 13. Prévôt de la J., 1, 5. Serres, 2, 17. Bretonnier, *Quest.*, v° *Test.* Henrys, 5, 40, etc. (Marais), *Détraction de la légit.*, 1693; *Réflex. s* —, 1694. Barbin, 1694; Feugray, 1694; Berger, 1702; 1703 (cf. Camus et Dupin, n[os] 1539 et suiv.). Champagne, *Tr. de la légit.*, 1720. Roussilhe, *Inst. au dr. de légit.*, 2[e] éd., 1770. Brillon, Denisart, Ferrière, R. de Lacombe, Guyot, v[is] *Réserves, Légitime, Quatre quints, Quarte*, etc. — Britz, 725, 866.

Ginoulhiac, *Sur la nature de la légitime d'ap. Dumoulin*, 1844. Beautemps-Beaupré, *Portion de biens disponible*, 1855. Vernet, *Quotité disp.*, 1855. Brocher, *Et. hist. et philos. s. la légitime et les réserves*, 1868. Boissonade, *Hist. de la réserve héréditaire*, 1873. Duverdy, *Rhdr.*, 1, 513; 2, 33. Requier, *Rhdr.*, 10, 97. D'Espinay, *Infl. du dr. canon*, 1856; *Lib. de tester*,

moins schématique, de l'évolution du droit germanique est l'inaliénabilité du patrimoine familial (1). On s'en éloigna avec le temps de diverses façons. Chez les Burgondes, les Alamans, les Bavarois, le père et les enfants vivent en communauté (2) ;

1882. Buche, *NRH*, 1885, 560. Beaune, *Cond. des biens*, 1886. Viollet, 986. Deneus, *Rés. herèd.*, 1894. G. Albert, *Lib. de tester*, 1895. Glasson, 3, 193; 7, 471; *NRH*, 1885; *Réf. soc.*, 16 août 1889. Thèses; Cuenot, 1877; Nicolesco, 1888; Vallier, 1900, etc.

Struve, 2, 21. Stobbe, § 305, t. 5, p. 236. Schrœder, 272; *ZRG*, 9, 410. Heusler, *Gew*., 470; I, § 174. Huber, 4, 617, 639 et suiv., 670. Amira, 139, 152; *Erbenf.*, 51. Sandhaas, Zimmerle, Lewis, Fipper, *op. cit.* Adler, *Erbenwartrecht*, 1891 (*Unt.* de Gierke) : bibl. et analyse de la littérature antérieure; cf. *Ehel. Güter. u. Abschichtungsrecht.* Ficker, *Unters.*, I, 229, 247, 271; II, 123, 358; III, 381; IV, 104. Brunner, *Beitr. z. Gesch. d. Wartrechts*, dans *Fest. f. Dernburg* (Berlin), p. 39, 1900. Kohler, *ibid.*, p. 229. Zeumer, *NA*, 26, 138. *ZSS*, 1901, *GA*, 367. Verdelot, Thèse, 1899. Kjer et Pappenheim, ci-contre, p. 617, t. II.

Blackstone, 2, 23, 32. Pollock et Maitland, II, 346. Lehr, p. 119. Glasson, 1, 126; 2, 256; 3, 203; 4, 300; 5, 101; 6, 263. — Pertile, § 128, t. 4, p. 104. Salvioli, 460. Brünneck, 92. Ciccaglione, § 185, 190. Lattes, 264. — *Fuero Real* (gl. de Montalvo), 3, 5 et 6. *Siete Part.*, 6, 7, 8, 11. *Rithr.*, 3, 497 (Portugal).

Post, II, 197. Dareste, *Et.*, 26, 47, 63, 74, 112, 168, 190, 219, 238, 258, 268, 277, 291, 314, 328, 349; *Nouv. Et.*, 240, 243, 258, 270, 298, 324, 343, 348, 363. Zeys, *Le Nil*, 1895. Beauchet, *Dr. privé de la Rép. athén.*, III, 423. Girard, *Manuel de dr. rom.*, 863. Zach. v. Lingenthal, *Gesch d. Griech. rœm. R.*, p. 140, 177, 180. Kohler, *ZVR*, t. 6, et *Stud. üb islam R.*, 1889. Lambert, *op. cit.*, p. 1578.

Cf. aussi écrits des économistes, école de Le Play, etc. Enquête sur l'état des familles et l'application des lois de succession, 1885, 1892. Cornulier-Lucinière, de Butenval, Baudrillart, Brandt, etc De Bonald, *La famille et le dr. de tester*, 1826.

(1) Ficker le nie et prétend que la liberté d'aliéner a existé tout d'abord en droit, mais qu'elle a été limitée par les mœurs au début et dans la suite par la législation. Les arguments qu'il tire en ce sens des lois barbares ont été réfutés, notamment par Brunner. Cf. ci-contre, p. 381, 387, 646, t. II. *L. Thur.*, 54, et *Alam.*, 1, s'expliquent par *Bai.*, 1 (l'homme libre peut disposer au profit de qui il veut; on sous-entend : pourvu que les conditions d'usage soient réunies, par exemple, qu'il y ait eu partage). Cf. Cap. 818-819, ci-après. — Sur cette question controversée, cf. résumé des opinions diverses dans Adler, p. 3. On tend aujourd'hui de plus en plus à admettre que la réserve est, comme le droit de succession lui-même, issu de la primitive Communauté familiale; le *Gemeinschaftsrecht* se change en *Wartrecht*, en *Erbrecht*. Dr. danois, cf. Matzen, *For. or. danske Retshistorie*, I, 19. Dr. suédois, cf. Beauchet, *NRH*, 1900, 601 (propriété familiale). Cf. dr. musulman, Hanoteau, *Kabylie*, t. 2. Zeys, *Le Nil*.

(2) *Ganerbschaft* (cf. traduction allem. du Capit. de 818, 819 : *coheres* = *geanervo*, *Hausgenossenschaft*, *Gemeinderschaft*, etc. Ci-dessus, p. 245, t. II. *Burg.*, 1, 24, 51. *Bai.*, 1. Schmoller, *Die alt. Arbeitsgenossenschaften u. d. alt. agrarische Familienwirthschaft* (*Jahrb. f. Gesetzgeb.*, 1890), Miaskowski, *Problem des Grundbesitzvertheilung*, 1890.

quoique chef de famille, le père ne peut aliéner les biens indivis (1); mais il a la faculté de partager avec ses enfants (2); il acquiert par là le droit de disposer de son lot (3). Peut-être même en pareil cas n'était-il pas rare qu'on demandât aux proches parents d'approuver l'aliénation (4), comme cela se passait chez les Saxons qui, à l'époque où leur loi fut rédigée, ne paraissent pas avoir eu de communautés de famille (5). Chez les Francs (6) et ailleurs se retrouvent et l'usage saxon du consentement des parents vivant à part, et les communautés de pro-

(1) Ci-dessus, p. 247, t. II. Il y a copropriété à mains unies, *zu gesammter Hand*, c'est-à-dire que tous les communistes doivent participer au moins à l'aliénation des immeubles. Détails et bibl. dans Verdelot, Thèse, p. 15 et suiv. Après la mort du père, la communauté ne cesse pas; parfois il y a des *Mutschierungen* ou partages de fait, de jouissance entre les communistes, sans que l'unité soit rompue. Cf. partages du royaume sous les Mérovingiens et les Carolingiens (même titre, *rex Francorum*, pour chaque roi; accroissement; calcul des années du règne à dater de l'avènement, même pour les portions accrues, etc.). Cf. aussi Parage, Apanages, ci-dessus. Investiture collective des fiefs. Sur la maxime *Was in der Were verstirbt, das erbt wieder an die Were*, Freund, 1880, cf. Chaisemartin, p. 445. Grimm, 556, 602.

(2) La L. des Burg. ne dit pas que les enfants puissent contraindre le père au partage; il en est autrement du *Schwabenspiegel*, 1, 59. Heusler, 1, 240, II, 439. Faut-il supposer qu'à l'époque des lois barbares les enfants mâles et majeurs avaient non seulement le droit d'exiger leur part du patrimoine commun en cas de partage, mais d'obliger le père à partager? Cela dépend sans doute des époques. Ci-dessus, p. 109, 587, t. II, Capit. 818-9 c. 6. *ZSS, GA*, 1895, 229.

(3) *Todtheilung* (partage), *Watschar* (portion). Ci-dessus, p. 686, t. II.

(4) Cf. en particulier l'analyse des actes bavarois dans Adler, *op. cit.* Ceux où figurent les parents sont à peu près aussi nombreux que ceux où ils n'interviennent pas. Leur absence peut tenir à ce que le disposant est le dernier de sa famille: il n'a pas de postérité, pas de parents. Leur intervention s'explique par l'existence d'une communauté ou, si elle est dissoute, par la nécessité de constater qu'ils ont été lotis; les mœurs, plus rigoureuses que la loi, tenant compte de la solidarité familiale, élargissent le cercle des parents : *propinqui consenserunt, ego, fratres et proximi tradiderunt, convocata parentum turma*, etc. En 770, Poapo, *vir nobilis*, réunit sa parenté et lui soumet un différend qu'il a avec ses fils au sujet d'une donation qu'il veut faire à une église (peut-être s'agit-il d'un usage spécial à la noblesse).

(5) Sur le dr. saxon et le *Beispruchsrecht*, cf. ci-dessus, p. 381, t. II.

(6) Pardessus, *Dipl.*, n° 559. *Sal. em.*, 14, 11. Capit. 805, 22; 820, 3; 816, 5; 818, 819, 11 et 6 (I, 125, 292, 267, 283). Cf. Brunner, *op. cit.* Kohler, p. 234 (textes divers). Ci-dessus. D'après Ficker, 4, 204, 372, s'il n'y avait pas de réserve (*Wartrecht*) chez les Saliens, la *dos* de la mère était affectée aux enfants; en sens contr., Brunner, *op. cit.* Cf. ci-après. — *L. Rib.*, 48, 49 (ci-contre, p. 625, t. II : pas d'enfants, retour).

ches vivant au même pain et pot (1). Sous l'influence des idées religieuses (2), on dérogea à ces règles archaïques ; on pourrait même penser qu'elles furent tout à fait abandonnées, car on lit en tête du c. 6 du Capit. de 818, 819 : *Ut omnis homo liber* (3) *potestatem habeat, ubicumque voluerit, res suas dare pro salute animae suae.* Pratiquement, cette formule signifie que si le disposant vit en communauté, il lui sera néanmoins loisible de disposer au profit de l'Eglise ; l'autorité publique (comte ou *missus*) forcera les communistes récalcitrants à partager avec l'Eglise gratifiée, ou si le partage est impossible pour le moment, l'Eglise entrera provisoirement dans la communauté pour y exercer les droits du disposant (4). Déjà la loi des Burgondes, t. 1, autorisait le père à disposer avant tout partage contrairement à l'ancienne règle (5); celle-ci ne restait en vigueur que pour une catégorie de biens, le lot de l'hôte burgonde dans le partage des terres avec le propriétaire gallo-romain (*terra sortis titulo adquisita*). De son côté, la loi des Saxons dispense du consentement des parents pour les aliénations au profit de l'Eglise et du roi (6). En mettant à part le privilège de l'Eglise (7), la législa-

(1) *Roth.*, 167. Grimoald, 5, etc. Thévenin, n° 79.

(2) Citations des Pères de l'Eglise dans Lœning, *D. Kirchenr.*, I, 220; II, 38, 685. Salvien conseille aux fidèles de donner tous leurs biens pour le salut de leur âme et de ne pas s'inquiéter de leurs parents (*nemo conjunctior quam vos ipsi*). D'autres, plus scrupuleux, ne veulent pas qu'on dépouille la famille. Saint Augustin prescrit de compter l'Eglise pour un enfant de plus. Rozière, *Form.*, 175 : donations *ad loca sanctorum* (préambules).

(3) Le non libre ne peut aliéner en dehors du domaine.

(4) Par exemple tant que les enfants sont mineurs. Cf. *Sal.*, 73. Schrœder, p. 264, 320. Adler, *Ehel. Güterr.*, 1893 (cf. *ZSS. GA*, 1895, 229).

(5) Ci-dessus, p. 686, t. II. Le père, qui ne pouvait aliéner avant d'avoir partagé avec ses fils (t. 24 et 51), acquit, par une loi postérieure (t. 1 remanié), le droit de disposer avant le partage. Brunner, *op. cit.* En sens contraire, Ficker, 1, 272. Si l'un des enfants prédécède, son lot fait retour au père (t. 51, 2), qui en redevient propriétaire, mais sans pouvoir l'aliéner ; ses autres fils ont donc une sorte de réserve sur ce lot. Le t. 78 transforme la propriété limitée du père en simple jouissance et donne la nue propriété aux frères; si l'un d'eux meurt avant le père, ses enfants succèdent à sa propriété tandis que, d'après le t. 51, ils n'auraient pas pu concourir avec leurs oncles.

(6) Ci-dessus, p. 381, t. II.

(7) Cf. ci-dessus, p. 383, n. 4, t. II. Protestations contre les clers peu scrupuleux qui dépouillent les familles (Capitulaires, cf. t. I. Le système féodal aboutit à interdire en principe les dispositions d'immeubles au profit de *mainforte* ou de *mainmorte* (*nec militi nec clerico*). Sur cette

tion barbare est loin de la liberté d'aliéner. Tantôt l'aliénation n'est permise qu'avec l'approbation des proches (1), tantôt le chef de famille ne dispose librement que d'une partie du patrimoine qu'il gère (2), soit d'une part d'enfant, et alors la quotité disponible varie (3), soit d'une quotité fixe, 1/5 chez les Wisigoths (4), 1/3 chez les Francs Saliens, 1/2 chez les Burgondes (5); dans ce dernier cas, la réserve n'est mentionnée qu'au profit des descendants (6). On a déjà vu que l'exhérédation est très exceptionnelle (7). Les libéralités s'adressent tantôt à

prohibition et les moyens employés pour la tourner, cf. ci-contre, p. 704, t. II. Agen, 25.

(1) Cf. cependant les formules constatant que chacun peut disposer de ses biens. *Andec.*, 36, 45. Rozière, 131, 205. Ci-après.

(2) La part réservée aux fils est qualifiée de *Falcidia*. Lindenbrog, 72. Du Cange, *h. v°*. Ci-contre, p. 707, t. II. Zanetti, *Legge romana retica-coirese*, p. 120.

(3) Le père qui a deux fils peut disposer du tiers de ses biens : celui qui en a trois, du quart, etc. Lombards, Pertile, 4, 104. Roth., 154-171. Liut., 65, 101-113. Aist. 1-13. Areg, 14. D'après Pappenheim, ZSS, *GA*, 1901, 389, la part héréditaire des enfants et du père aurait été tout entière indisponible du temps de Rotharis (*secùs*, Ficker, II, 536); ce n'est qu'au huitième siècle, peut-être à la suite de Liut., 113, qu'elle se divisa en quotité disponible et réserve. Brunner, *Reg. farf.*, p. 10 (*Mitth. d. Inst. f. œst. Gesch.*, II, 1). Sur les droits des filles, cf. *suprà*, p. 1527. Brunner, ZSS, *GA*, 21, 6.

(4) Quotité qui apparaît d'abord dans une retouche de Léovigild à une *Antiqua*, 5, 2, 4, cf. 5, 2, 5, et Cod. Euric., 319, et que Chindasvind généralise, 4, 5, 1 et 2, en abrogeant une ancienne loi d'Euric que nous ne possédons pas et qui avait introduit chez les Wisigoths la liberté d'aliéner (dans quels termes? L'exhérédation *pro levi culpa* n'était pas permise anciennement); l'innovation d'Euric ne s'explique guère que par l'influence du droit romain ou de l'Eglise. Brunner, *loc. cit.* Ficker, 4, 104. Zeumer, *N. Arch.*, 26, 139. Une réserve est d'abord attribuée aux enfants sur les biens donnés par le mari à la femme (*Leovigild*), puis sur la *dos* (*Chindasvind*), et enfin sur tous les biens, sauf les acquêts faits durant le mariage, le butin de guerre, les dons royaux (Wis., 4, 2, 16; 145, 2, 2. Euric, 305). Erwig ne fait porter la réserve que sur ses propres (4, 5, 1, cf. 2, 1, 6; 3, 1, 9).

(5) Arg. *Form. Andec.*, 58. La dot, chez les Saliens, est une *tertia*. *TAC, Norm.*, 89 : *quilibet potest donare usque ad tertiam partem liberi tenementi sui in eleemosina vel pro servicio. TAC. Bret.*, 41. *Compil. de us. Andeg.*, 43. Ficker, 4, 382, 394. — Cf. ci-contre, p. 654, t. II (la part du mort; division du patrimoine en trois parts : l'une pour le mort, l'autre pour la veuve, la troisième pour les enfants). Dareste, *N. Et.*, 304. *Burg.*, 51, 1; 53, 2; 75. Ficker, II, 123.

(6) Les communautés entre frères ne sont pas rares cependant. Sur les droits héréditaires du père, de la mère, cf. ci-dessus, p. 605, t. II. ZSS, 1901; *GA*, 374.

(7) Cf. ci-dessus, p. 620, t. II. *Wiss.*, 4, 5, 1. *Alam.*, 1. *Sax.*, 82. *Roth.*, 166.

l'Eglise ou à des tiers, tantôt au conjoint du disposant, à l'un de ses enfants ou à l'un de ses héritiers. Pour chacun de ses gratifiés, on concevrait un régime spécial fait de faveur ou de méfiance, mais les dispositions incohérentes des lois barbares ne permettent guère d'en discerner la formation, sauf en ce qui concerne l'Eglise et le conjoint (1). A en juger d'après leur esprit général, elles auraient dû tolérer plutôt les préciputs ou avantages spéciaux (**melioratio**) à l'un des enfants que les libéralités à des étrangers de nature à dépouiller la famille; mais l'esprit égalitaire fait déjà sentir son action et s'oppose parfois à ce résultat (2). Chez les Burgondes, les Alamans et les Bavarois, les tiers et les enfants sont mis sur le même pied. Chez les Ripuaires, il est interdit de donner à l'un des enfants plus de 12 sol. hors part et les Saliens ne semblent connaître d'autre préciput que le cadeau fait à la fille le jour de ses noces, au fils, le jour où on lui coupe les cheveux pour la première fois. Chez les Wisigoths, la quotité disponible au profit des enfants d'un dixième (au lieu d'un cinquième pour les tiers), fut portée au tiers des biens par Erwig (3).

2. — **Droit féodal et coutumier.** — De ces précédents (4) sor-

Liut., 5, 19, 57, *ZSS*, 1991. *GA*, 385. Anség., 2, 31. *F. Capit.*, 3, 326. Cf. *Mir. de Souabe*, éd. Matile, 8, 28 (uns hons fait de son fiz moine).

(1) Sur la quotité disponible entre époux, cf. ci-dessus, p. 613, 673, t. II, et ci-après, douaire. Sur les seconds mariages, cf. ci-dessus, p. 77, t. II.

(2) Cf. C. Th., 3, 8, 2 : droit d'avantager un enfant en cas de deuxièmes noces. Majorien l'abolit (Nov. 6, 8). Sévère, 1, 1, id.

(3) *Wis.*, 4, 5, 1, et 2, 18. *Rib.*, 59, 9. Cf. *Sal.*, 100 (éd. Hessels); Geffcken, p. 253, bibl. Serœder, p. 319. *Burg.*, 1 et 86. *Id.* chez les Bavarois, Adler, p. 121. Marculf., 2, 12, 14. Ci-dessus, p. 639, t. II. Chez les Lombards, cf. *Liut.*, 101, 113. Pertile, 4, 129, 104. Ci-contre. — Les formules Roz., 166 et suiv., visent les donations par préciput (*absque consortium*) au profit d'un fils ou petit-fils (référence à *L. Rom. Wiss.*, 2, 24, 1, int.). — Sur les enfants naturels, ci-dessus, p. 128, t. II. Rozière, *Form.*, 130. Brunner, *Grundz.*, p. 200.

(4) En beaucoup de lieux, persistance des anciens usages. *AC. Artois*, 23, 1 (aliénation du gré de l'hoir); 1509, art. 50; 1544, art. 76, 77. Boulenois, *AC*, 73; *NC*, 124. Reims, 1481, art. 54, 106. Bayonne, 70. Béarn, 1552, rubr. de contractes; cf. éd. Mazure, art. 178. Labourt, 5, 1. Soule, 17, 1; 26, 4. Kohler, *loc. cit.* Britz, p. 724 (à Valenciennes, on se dessaisit entre les mains d'un acquéreur fictif). Ci-dessus, p. 654, t. II. La Coutume de Lille et quelques autres permettent seulement de disposer des revenus des propres. — Interdiction de disposer des immeubles par testament, Glanv., 7, 5, 4. Cf. *TAC. Norm.*, 57, 4 et suiv. Défaveur des testaments chez nos jurisconsultes du dix-septième siècle et du dix-huitième siècle (procès auxquels ils donnent lieu, caractère arbitraire de leurs dispositions). Domat. *Loix civ.*,

tit (1) la **réserve coutumière** (2), forme nouvelle et un peu moins énergique du droit des parents, qui est aux aliénations à titre gratuit ce que le retrait lignager est aux aliénations à titre onéreux. Comme celui-ci, elle se restreint aux propres, les meubles et les acquêts ayant été laissés, contrairement à l'ancien droit, à la libre disposition des particuliers (3). Elle permet aux lignagers de conserver les propres dont il a été disposé par testament (4) au delà d'une certaine quotité. Elle aurait dû aussi,

4, 8. Le Brun, *Succ.*, préf. : *On se plaint toujours des testaments, jamais des successions.* Meaupou : *j'eusse désiré anéantir les testaments et les substitutions.* Flammermont : *Le Chanc. Meaupou*, p. 618.

(1) L'origine de la réserve n'est ni dans le droit romain, ni dans le droit féodal. Cf. cep. Glasson, 7, 555. Mais c'est du régime de la propriété féodale que dérive la défense d'aliéner à des gens de mainmorte ou de mainforte (*nec militi nec clerico nec domui religionis*, D. Vaissette, 5, 891), importante restriction au droit de disposer envisagée au dix-huitième siècle comme établie dans l'intérêt de l'Etat et dans celui des familles. Cf. préambule de l'Edit d'août 1749 (prohibtion des dispositions de dernière volonté au profit des gens de mainmorte, nécessité de l'autorisation par lettres patentes des acquisitions à titre onéreux ; l'homologation du Parlement suffit pour les fondations pieuses ou charitables (messes ou obits, écoles de charité, etc.). Cf. C. civ., 910 (réserve administrative). *TAC*, *Norm.*, 57. Adami, *Racc. d. leggi s. te manimorte*. Britz, 519. Tissier, *Tr. des dons et legs aux établiss. publics*, 1896. Thèses, not. Coulondre, 1886 ; Pitois, 1890 ; G. de Lapradelle, 1895. Cf. Allusions fréquences dans les coutumes à la cause pie ou pitoyable. — Sur les restrictions d'aliéner dans l'intérêt du seigneur féodal, cf. Epoque féodale, Le Fief, t. I. Auffroy, p. 461, 527, 615, 663. Indivisibilité des fiefs, cf. J. d'Ibelin, c. 144 et suiv *Gr. C. de Norm.*, 36. Guilhiermoz, *Orig. de la nobl.*, p. 200. Maffert, *Apanages*, Thèse, 1900. Lagouelle, Thèse, 1902, p. 227 (Normandie).

(2) *Réserves coutumières* (allusion aux divergences des Coutumes *légitime coutumière* (Pothier, *Don. entre vifs*, n° 245), par opposition à la *légitime de droit* (romain). *Légitime de grâce* au profit des puînés, quand tous les biens du père sont grevés de substitution au profit de l'aîné. Nov. 39, 1. Boissonade, p. 314 (bibl.). Droit allemand : *Pflichtheil*, légitime ; *Notherben*, héritiers nécessaires. Russie : indisponibilité, même par donation, des biens patrimoniaux. Lehr, *Dr. civ. russe*, II, 44.

(3) Ci-dessus, p. 206, 388, t. II. Cf. Champeaux, *Gr. Encyclop.*, v° *Réserve*. Loisel, 305. Beaum., 12, 3. *Jost.*, 12, 3, 1 (p. 224). *Cartul. de Notre-Dame*, n° 177. Desm., 149. *Coul. not.*, 7. Paris, 292. Ferrière, s. cet art. Guénois, *Conférence des Coul.*, f. 682. — Coutumes où la réserve porte sur les propres et les acquêts : *a*) par survivance du vieux droit, Norm., 418 ; Metz, 8, 7. *b*) par suite de la tendance à confondre la réserve et la légitime, Bourg., t. 7. Coutumes dites de *subrogation*, où, à défaut de propres, la réserve porte sur les meubles et acquêts, Bret., 203. Anjou, 340. Maine, 352. Tour., 238. Poitou, 181 et suiv. Sens, 68, etc. Kohler, p. 256. R. de Lacombe, v° *Réserve*.

(4) Sur l'évolution du testament, cf. ci-contre, p. 646, t. II. Sur la règle : nul ne peut être héritier et légataire, p. 1573. Sur les dons à un réservataire, p. 1572. *Add.* Avantages légaux (aînesse, etc.). Guyot, v° *Avantage*. Les

ce semble, les autoriser à reprendre les biens de même nature donnés entre vifs; mais si d'assez nombreuses Coutumes adoptèrent cette solution (1), elle fut rejetée par le droit commun, sans doute parce que les donations, surtout avec les entraves dont on les entoura, parurent moins à redouter que les legs (2). Le taux de la réserve, c'est-à-dire de la partie de la succession *ab intestat* dont on ne peut disposer par testament au préjudice des héritiers, qui est *réservée* à ceux-ci, variait avec les Coutumes (3); dès le treizième siècle, elle est habituellement des **quatre-quints** ($^4/_5$) des propres (4); on ne peut léguer que le

libéralités préciputaires se concilient malaisément avec un système de copropriété familiale comme celui qui servait de base à la réserve. Elles s'appliquent sans peine, au contraire, aux acquêts et aux meubles, et c'est en particulier contre elles qu'on dut introduire la légitime. La tendance générale des Coutumes est de les interdire, mais certaines les autorisent. P. de Font., 33, 10, 11, 14, à propos de la légitime, permet de laisser à un enfant ce qu'on peut laisser à un étranger. Beaum., 12, 3; 14, 13, 15; 70, 5: le père ne peut laisser à un enfant plus qu'à l'autre; cependant il peut donner à l'un d'eux le disponible des meubles et acquêts. *Olim*, II, 807 (n° 170). *TAC. Norm.*, 10; *Summa Norm.*, 35; *Et. de Norm.*, p. 9, 11, 79. *Gr. C.*, p. 365, 369, 372. J. d'Ibelin, 144, 146, 152; Jacq. d'Ibelin, 27, 29; *Clef des Assises*, 191 et suiv.; *C. des Bourg.*, 192. Guénois, *f°* 702. D'Espinay, *Féod. et dr. civ.*, p. 305, Boissonade, p. 231. Albert, p. 513. Van de Walle, Thèse, 1903, p. 161 (Flandre). — F. de Daroca, Muñoz, 542.

(1) Tantôt en se rattachant à la tradition germanique, tantôt par application de la théorie romaine de la légitime. Blois, 166 (par ci-devant estoit loisible faire donaison entre vifs de tous biens; laquelle coustume a semblé estre trop dure). Kohler, p. 253 et suiv. Sur la règle *Donner et retenir ne vaut*, voyez textes dans Kohler, p. 261. Les donations faites au lit de mort étaient assimilées fréquemment aux dispositions de dernière volonté, *ibid.* Loisel, 666 *Gr. C.*, p. 364. Paris, 277, etc.

(2) Ci-dessus, p. 665, t. II. Glanville, 7, 1 (prohibition des dons *in extremis*). *Norm.* 427. Blackstone, tr. fr., t. 3, p. 327 (*heir looms*).

(3) Importance de la réserve des deux tiers (ci-dessus, p. 654, t. II, partage par tiers). *Et. de saint Louis*, 1, 10, 68. Touraine, Anjou, Maine, Troyes, etc. Bord., 57 et s. — Moitié, Reims, 1481, art. 78, 95; Laon, 60, etc. — Trois quarts, Lorr., 11, 13; Sedan, etc. — Quelquefois on distingue entre les fiefs et les rotures. Noyon, 17, etc. — Pas de réserve, Luxembourg, 1623, X, 1; Douai, Orchies, etc. Kohler, p. 250. Britz, p. 725. Brocher, 206. — Portugal : quotité disponible du cinquième des propres, du tiers des acquêts (XIII[e] s.); plus tard, un tiers de tous les biens (XVI[e] s.). Jordao, *Rhdr.*, 1857, 500. Espagne, cf. ci-dessus, L. Wisigoth. Sicile : tiers, Brünneck, 2, 95.

(4) P. de Font., 33, 12, 15. Beaum., 12, 3, 5, 6, 17, 18; 44, 55; 14, 15, 31; 70, 5. *Jost.*, 12, 3, 1. Desm., 70, 149, 237. *Cout. not.*, 7, 143. *Gr. C.*, 2, 20. *Olim*. III, 2, 1010. *AC. Picardie*, 73. Amiens, *AC*, 4 : *on ne poet quintier hyretage que une fois*, c'est-à-dire que le cinquième ne peut être donné qu'une seule fois tant que l'héritage reste dans la même famille; cf. 1507,

quint, quels que soient le nombre et la qualité des héritiers qu'on laisse (1). Il faut se placer au décès (2) pour voir si la réserve est entamée ou non et procéder, s'il y a lieu, au retranchement des libéralités excessives (3). Seuls, les héritiers aux propres (4) (c'est-à-dire les parents appelés à la succession *ab intestat*) y ont droit et encore à la condition qu'ils ne soient ni exclus ni renonçants (5), car la réserve n'est que la succession *ab intestat*, moins la quotité disponible (6). Pas d'héritiers, pas de réserve (7). Le sort des legs faits à un moment donné par le *de cujus* dépend de circonstances diverses, variations dans la composition du patrimoine propre, existence d'héritiers, aptitude de ceux-ci à recueillir la succession. Le droit des réserva-

1 et 4; 1567, 46, 57. Viollet, *Etabl. de saint Louis*, I, 128 (a. 1244). — Ce système du **quint datif**, qui est celui de l'Ile-de-France, de l'Orléanais, prévalut, peut-être parce que, avec son disponible invariable et peu élevé, il se rapprochait de l'ancien droit, tout en donnant satisfaction aux besoins nouveaux qui firent le succès de la légitime. — Loisel, 306. Valois, 85. Beaum., 12, 6. Auffroy, p. 619. — Variantes dans Boissonade, p. 258. Albert, p. 513. — Muñoz, 509 : 1/5 pour l'âme.

(1) Cependant certaines Coutumes distinguent suivant qu'il y a ou non des enfants. Norm., 414-428; cf. 392. Eu, 104 et suiv. Maine, 332 et suiv. Anjou, 321 et suiv. Tour., 233 et suiv. — Sur le système normand du partage par tiers, *TAC. Bret.*, 206. Glanville, 7, 5. Brünneck, *Siciliens Stadtr.*, 2, 6. Ci-dessus, p. 654, t. II. — Loisel, 158 : *Douaire propre aux enfants est une légitime coutumière.* Ci-après, Douaire.

(2) Par exemple pour voir s'il y a des enfants ou non. — Loisel, 329 : les propres réservés demeurent francs et quittes des dettes (cf. *supra*, p. 1483); mais la C. de Paris, 295, prescrit de payer les dettes sur tous les biens indistinctement.

(3) L'action en retranchement est réelle, car le propre est censé n'être pas sorti du patrimoine du *de cujus*. Le gratifié n'aurait donc pas la faculté de désintéresser en argent l'héritier réservataire afin de conserver l'immeuble. Quelques Coutumes ne donnent qu'un droit personnel au réservataire. Audenarde, 20, 9. Termonde, 18. Furdes, 20, 8. Ferrière, v° *Retranchement*.

(4) Cf. ci-dessus, p. 611, t. II (Cout. souchères, etc.). Le testateur doit laisser les quatre cinquièmes des propres paternels aux parents paternels, et les quatre cinquièmes des propres maternels aux parents maternels.

(5) Beaum., 12, 17 : l'exhérédation ne fait pas perdre les quatre cinquièmes des propres. Ci-dessus, p. 621, t. II. Sur la fille qui vit *luxuriose*, *TAC. Norm.*, 10, ou le fils qui se marie sans le consentement de son père, ci-dessus, p. 38, t. II. Pertile, 4, 109. *Usat. Barchin.*, 77, 78.

(6) On peut la grever de substitution (Laur. s. Loisel, 341); il n'en serait pas ainsi de la légitime (ci-après). Benedicti, *Rep. in c. Rayn.*, t. 2. Cf. p. 1621.

(7) Le collatéral le plus éloigné a droit à la réserve, mais non le fisc. *Gr. C.*, 2, 40. *Et. de S. L.*, 1, 68.

taires est donc éventuel ; mais il ne saurait leur être enlevé par le *de cujus* et apparaît ainsi comme une survivance de la copropriété familiale.

3. — La **légitime** (1), en usage chez les Gallo-Romains (2) et en pays de droit écrit (3), est une institution romaine inconnue

(1) C'est la *quarta legitimae partis* du droit romain. Girard, p. 856 (quotité laissée à l'appréciation du juge à l'origine, puis fixée, à l'imitation de la quarte Falcidie, au quart de ce que l'héritier aurait eu *ab intestat*). Sur la quotité en droit Justinien, cf. ci-après.

La **quarte Falcidie** ou la **quarte Trébellianique** que l'héritier institué pouvait retenir, la première sur les legs, l'autre sur les fidéicommis, étaient inadmissibles en pays de Coutumes, où l'institution d'héritier n'avait pas lieu. En pays de droit écrit, elles s'appliquent; bien mieux, l'héritier institué, quand il était légitimaire, pouvait cumuler avec sa légitime une de ces quartes, excepté si le testateur le lui avait interdit. Nov., 1, 2, 3. Auth., *Sed cum test.* Faber, *Inst.*, f° 69. Pasquier, *Docum. s. Boussages*, p. 29 (a. 1334). **X**, 3, 26, 16 et 18. Masuer, t. 32. Pasquier, *Inst.*, p. 459. Ord. 1735, 56-60. Jurisprudence hostile, sauf à Bordeaux. Ferrière, *h. v°*. Brilz, p. 733. Brünneck, p. 99. Lattes, p. 265 (bibl.). *Siete Part.*, 6, 11.

(2) La légitime est souvent appelée improprement *Falcidia*. Paul, 4, 5, 2, 3; 3, 11. Cod. Théod., 5, 1, 4; 2, 19, 1 et suiv. *L. Rom. Cur.*, 8, 5, etc. Nov. Th., 11, 1, 6. Papien, 10, 4; 31, 2; 45, 2, 7. Zeumer, *ZSS, GA*, 9, 26. Stouff, *NRH*, 1887, 273 (*Falcidia* dans les ventes). Sur l'Edit de Théod., 33, cf. Auffroy, p. 102. Le Papien, 45, 6, refuse la *quer. inoff.* aux frères (cf. Cod. Théod., 2, 19, 1). Dans les formules et les actes, on réserve la *Falcidia* aux héritiers. Marc., 2, 17. Limlenbr., 72. Tur., 17. Andec., 41. Test. de Widerad, 721; d'Abbo, 739 (Falcidie à une cousine germaine), etc. Fréquemment, néanmoins, on constate dans le préambule le droit de disposer librement au profit de l'Eglise, de l'un des parents ou des tiers. Andec , 37, etc. Cf. ci-contre, droit barbare (fils et père copartagés). Le *Brachyl.*, 2, 23, 24, et le *Petrus*, 1, 12, 18, reproduisent le système de Justinien dans ses Nov. 18 et 115 : la Falcidie (*sic*) comprend le tiers de tous les biens des ascendants s'il y a quatre descendants au moins, la moitié s'il y en a plus; les ascendants ont une *quarta;* on peut priver le légitimaire même de sa quarte en l'exhérédant dans les cas prévus par la loi. Le *Petrus* ne parle pas d'une quarte au profit des frères. Il n'exige pas qu'elle soit laissée *jure institutionis*. — Italie, ci-après. Crespo de Valdaura, *Obs.*, 24 (n'existe pas en Aragon).

(3) Cf. Romanistes, comme J. Faber, etc. Serres, 2, 17. Julien, *Com. s. les Statuts de Prov.*, I, 483. Henrys, *Œuvres*, table, *h. v°*. R. de Lacombe, *h. v°* (bibl.). Roussilhe, *op. cit.* — Variantes dans les Coutumes méridionales. La *querela inoff. test.* et l'action en supplément de la légitime (Cod. Théod., 2, 19, 4. Cod. Just., *de inoff. test.*, 30) sont admises l'une et l'autre. Bourg., 1459, 7, 3 (la légitime doit être laissée à titre d'institution d'héritier sous peine de nullité du testament). Cf. *L. Rom. Burg.*, 45. Au contraire, la Cout. de Bergerac, 1322, n'admet que l'action en supplément. Serres, 2, 18. Bayonne, 11, 9. Bord., *NC*, 57, 63, 75. Guyot. v° *Prétérition*. — Restrictions à propos des filles dotées qui n'ont pas toujours droit à leur légitime. Ci-dessus, p. 680, t. II. Jarriand, p. 254. Auffroy, p. 665. — Institution pour une somme modique. Montp., 55 (les enfants doivent s'en

du droit germanique et du très ancien droit coutumier (1). Elle s'introduisit en pays de Coutumes vers le milieu du treizième siècle (2) pour les cas où, le *de cujus* n'ayant que peu de propres ou n'en ayant pas du tout, la réserve était nulle ou insignifiante. En donnant *par son devis toz ses biens as estranges et noiant à ses enfanz*, si ceux-ci sont pauvres et s'il n'a rien à leur reprocher, le testateur manque à l'*officium pietatis*, à son devoir de les nourrir (3). *L'en doit secourre as oirs pour cause de pitié*; mais il n'était pas nécessaire pour cela d'annuler en totalité le testament (4); on se borna à le révoquer pour partie au profit

contenter). Toulouse, 123, *a*, *b*, *c*, *d*, éd. Tardif : la mère peut déshériter ses enfants, le père doit leur laisser au moins cinq sous (afin de montrer qu'il ne les a pas oubliés). Tardif, *Dr. privé au XIII^e s.*, p 68 (erreur). Labourt, 11, 3. Sole, 26, 3. Metz, 8, 8. Henrys, 5, 4, 41. *Decis. Cap. Tolos.*, 438. Biscaye : un arbre, un réal, une tuile. — Quelques Coutumes méridionales organisent une vraie réserve. Bord., *AC*, 59, 94, 145. *NRH*, 1890, 400. — Italie (Pertile, 4, 105) : les Coutumes écartent souvent la légitime (Aoste, 5, 9, 53 : *en ce pays n'y a forme ni image aucune de légitime*); mais elles ne permettent pas d'omettre les fils, et la mère ne peut les dépouiller; à Venise, la légitime est du tiers des biens.

(1) P. de F., 34, 10 : *Trop est cruels ceste sentence et contre humanité que aucunes gens dient que li pères puet doner auquel qu'il vorra de toz ses enfanz toz ses chateus et toz ses muebles et toz ses conquez... ce seroit contre les lois escrites.* On saisit sur le vif l'emprunt au système romain. Cf. aussi Beaumanoir, *loc. cit.*, ci-après (dons outrageux, le testateur est *mal meus encontre reson*, etc.). A Liège, *tierce part coutumière*, Britz, p. 726. Cf. aussi P. de F., 34, 1 et suiv. La légitime était d'autant plus nécessaire aux puînés, que le droit d'aînesse leur laissait fort peu de chose. Boissonade, p. 307 (aînesse). — Cf. *Cout. not.*, *Et. de S. L.*, 1, 10.

(2) P. de F., 34, 30. Beaum., 12, 17 et suiv., 37; 70, 5. *Jost.*, p. 225. *Gr. C.*, 2, 40 (p. 364). *L. d. dr.*, n° 931. Bout., 1, 103, et notes de Charondas (arr. de 1558, 1583, etc.). *AC. Paris*, muette; *NC*, 298 (moitié de la part héréditaire de chaque enfant). Dumoulin, *Cons.*, 29, 35. Laurière, Ferrière, s. 298, Paris, Guénois, *Conf. des Cout.*, *ibid.* Kohler, p. 272. Guyot, R. de Lacombe, *h. v°*. Pothier, *Don. entre vifs*, 212. — Cf. douaire des enfants. Guyot, *h. v°*, § II. Normandie, 399 (tiers coutumier, mariage avenant).

(3) P. de F., *loc. cit.* Ricard, *Don.*, n° 1463.

(4) P. de F., 34, 10. Beaum., 12, 20. Cf. *querela inoff. test.* à Rome. Girard, p. 857, et dans les pays de droit écrit : nullité du testament en cas de prétérition des légitimaires. Ord. 1735, 51 et suiv. En pays de Coutumes, le légitimaire n'a jamais droit qu'à sa légitime. Cf. cep. dispositions *ab irato*, p. 1557. Pour l'Allemagne, voy. Stobbe, 5, 238. — La jurisprudence, au moins depuis le seizième siècle, admit assez facilement, au profit des héritiers, des actions en nullité de testaments pour **captation** ou **suggestion**, en les rattachant au droit romain. M. Bernard, *Obs. de droit*, p. 593. Ferrière, Guyot, *h. v°*. Domat, 3, 1, 5, 25. Pothier, *Don. test.*, n° 96. Furgole, *Test.*, 5, 3. Ord. d'août 1735, art. 47. Le Code civil étant muet, il n'y aurait aujourd'hui nullité que pour dol caractérisé.

des *povres parens prochiens*, c'est-à-dire des descendants et ascendants (1), ou même, au seizième siècle, des descendants seuls (2); on leur reconnut un *droit à la soutenance* sur les meubles et acquêts, et ce droit, imprécis d'abord, se fixa à la façon de la légitime romaine. Le juge en déterminait le montant, à l'époque de Beaumanoir, de telle sorte que *li hoir puissent resnablement vivre et avoir lor soustenance selonc lor estat* (3). A la différence de la réserve qui tend à conserver les biens dans la famille, la légitime s'explique par le devoir d'assistance entre proches ; elle est le suprême accomplissement de l'obligation alimentaire (4). Au quatorzième siècle, la quotité semble arrêtée par l'usage à la moitié des meubles et conquêts, au moins s'il faut en croire le Grand Coutumier de France (5); ce chiffre se retrouve au seizième siècle dans la Coutume de Paris (6). Si la légitime était entamée, la réduction portait sur les donations (7) aussi bien que sur les legs, afin de mieux assurer des aliments, à qui de droit. A l'inverse, le droit à la légitime n'existait qu'en cas d'insuffisance de la réserve (8); si les qua-

(1) P. de F., 34, 11. Beaum., 12, 20. Cf. exclusion des ascendants de la succession aux fiefs et aux propres. Ci-dessus, p. 605, t. II. Glasson, *Inst. Anglet.*, 2, 275.

(2) Paris, 298. Décl. fév. 1731, 34 et suiv. Ferrière, *h. v°* (bibl.). En pays de droit écrit, il y a une légitime au profit des ascendants (un tiers) et même au profit des frères et sœurs, si le défunt a institué une *persona turpis*. Jurispr. particulière du Parl. de Toulouse, *ibid.* Argou, 2, 13. Boissonade, 288.

(3) Beaum., 12, 37; 70, 5. Ailleurs on propose de donner à l'étranger une part d'enfant, Beaum , 12, 19; P. de F., 34. 10. *Jost.*, 12, 3, 3 (un tiers).

(4) Ci-dessus, p. 4, 135, t. II. L'**obligation alimentaire** entre parents est rattachée par nos anciens auteurs au droit romain (Ferrière, *h. v°* (bibl.). *Tract. univ. jur.*, t. VIII. Surdus, *De alimentis*. Ferraris, *Bibl. canón.*, v° *Alim. Add.* romanistes, comme Voet, etc. F. de Vizcaya, t. 23), mais elle se comprenait aussi dans l'ancien droit coutumier, cf. p. 1109, 1115. Thèses, par exemple Gény, etc.

(5) *Gr. C* , 2, 40 (p. 364); texe isolé; viserait-il la disposition faite par un conjoint de sa part de communauté?

(6) Paris, 298 Cf. Auth. de *triente et semisse*, Nov. 18, 115, observée en pays de droit écrit et dans quelques Coutumes (Reims, Melun, etc.), ci-contre, Petrus, 1, 10.

(7) Réduction dans l'ordre suivant : legs universels (ou à titre universel, on ne les distingue pas), legs particuliers, donations entre vifs ou dots Guyot, *h. v°*, 8, 2) en commençant par la plus récente (même les dons à l'Eglise). Sur l'inst. contract., Ord. 1731, 34, 36. Controv. au cas d'insolvabilité d'un donataire. Action réelle contre les tiers acquéreurs. La légitime doit être fournie en nature.

(8) Beaum., 12, 18. P. de F., 34, 10.

tre cinquièmes des propres équivalaient à la moitié de tous les biens (y compris les propres), le légitimaire n'avait rien à réclamer sur les meubles et les conquêts ; s'ils équivalaient au quart, la légitime était du quart et ainsi de suite. D'ailleurs, lorsqu'il y avait plusieurs légitimaires, ils ne prenaient pas en bloc la moitié de l'hérédité pour la partager entre eux, mais chacun d'eux devait avoir la moitié de sa part héréditaire, car la légitime était individuelle.

4. — **A quel titre recueillait-on la légitime** (1) ? — A titre d'héritier ? ou de proche parent, un peu à la façon d'un créancier? Deux systèmes se dégagent ici péniblement, le premier en pays de droit écrit et même chez beaucoup de juristes coutumiers; l'autre n'apparaît guère que dans les pays de Coutumes. — *Premier système. — Légitima est pars bonorum, non hereditatis* (2). — La succession comprend l'actif et le passif héréditaires; les biens sont ce qui reste, une fois les dettes payées, ou même ce qui est en dehors de la succession, comme les biens donnés; qui a droit aux biens n'en est pas saisi comme un héritier, n'est pas obligé d'accepter l'hérédité pour les réclamer, n'est pas tenu des dettes *ultra vires*. On n'a pas besoin d'accepter la succession pour *agir en réduction* des dons et legs. On peut *retenir par voie d'exception* la légtime dont on est investi, quand on a reçu des libéralités du *de cujus*, tout en renonçant à la succession; on est autorisé en même temps à conserver, le cas échéant, la quotité disponible (au même titre qu'un étranger auquel elle aurait été attribuée) : ce qui fait qu'il est possible de cumuler la légitime et le disponible. La légitime se calcule sur ce qui reste après avoir payé les dettes et les frais funéraires; le légitimaire n'est pas traité comme un créancier privilégié ; mais il n'est pas tenu des dettes héréditaires sur ses propres biens (à moins d'avoir accepté la succession) ni sur les biens donnés par le *de cujus* et sujets à réduction, car ils ne font pas partie du gage des créanciers (3). — *Deuxième système.*

(1) Aubry et Rau, 7, § 682. Demolombe, t. 19, nos 47 et suiv. Machelard, *Rhdr.*, 8, 682; 9, 245 (reprod. dans *Mélanges*). Dramard, *Bibliogr. du C. civ.*

(2) Ricard, *Don.*, 1463, oppose la réserve à laquelle on a droit à titre d'héritier, et la légitime *principalement attachée à la qualité d'enfant et à l'obligation qu'un père a de laisser des aliments à ceux qu'il a mis au monde.* Pothier, *Don. test.*, no 189.

(3) L'action en complément de la légitime ne confère pas le titre d'héritier. Cf. cep. Nov. 115 et 92. Furgole, *Test.*, c. 8.

— *Nemo legitimam habet nisi qui heres est* (1). — La légitime se confond avec la succession comme la réserve dont elle n'est que le complément ; aussi en est-on saisi de plein droit (2) ; aussi on n'y a droit qu'en se portant héritier et on est tenu des dettes héréditaires *ultra vires*, à moins qu'on ait accepté sous bénéfice d'inventaire. Mais les conséquences logiques de ce système ne furent pas toutes acceptées, même par ses partisans. On admit que nul ne pouvait réclamer sa légitime par voie d'action en réduction sur les biens donnés ou légués sans se porter héritier, comme s'il s'agissait de la réserve. L'enfant donataire ou légataire n'aurait pas dû pouvoir retenir sa légitime sur les biens à lui donnés ou légués, en cas de renonciation à la succession ; mais on l'y autorisa, par contagion du premier système (3), et on lui permit le cumul du disponible et de la légitime (4). Le légitimaire n'eut pas à contribuer aux dettes héréditaires sur les biens provenant de la réduction, car, disait-on, ils ne rentraient dans la succession que d'une façon toute relative, par rapport à lui seul et non par rapport aux créanciers du *de cujus* (5).

5. — La **Révolution** et le **Code civil**. — Loin de songer à proclamer la liberté de tester, corollaire naturel, semble-t-il, de la propriété individuelle, les Assemblées révolutionnaires en vinrent presque à supprimer le testament dont elles contestèrent la légitimité en théorie et dont elles redoutaient, en pratique, les effets pour le nouveau régime qu'elles avaient inauguré (6). Une mémorable discussion sur le droit de tester eut lieu, en 1791, à la Constituante (7). Mirabeau (dans le discours que la mort l'empêcha de prononcer), Tronchet, Dupont de Nemours, Robespierre soutinrent la thèse du *contrat social*

(1) Ricard, 1117. Dumoulin, s. Paris, 125, 1 (t. I, p. 884). Cf. Nov. 115, c. 3.

(2) Dumoulin, *Cons.*, 36, 12; sur Berry, 18, 3 (?). Boissonade, 279.

(3) Pothier, *Don. entre vifs*, n°s 217, 226; *Don. test.*, n° 189. Guyot, *h. v°*, 1, 3; 7, 3. Celui qui renonce pour garder la libéralité qu'il a reçue fait nombre pour le calcul de la légitime. Boissonade, p. 292 (difficultés).

(4) Sauf dans les Coutumes d'égalité parfaite. Paris, 307. Orl., 273. Ord. 1731, 34. Ricard, *Don.*, 979. Lebrun, 2, 3, 1, 28. Pothier, *Don.*, 217. — Théorie de Dumoulin. Ginoulhiac, *op. cit.* Cuenot, p. 205.

(5) Ricard, *Don.*, 979. Lebrun, 2, 3, 1. 39 (arr. de 1685).

(6) Laferrière, *Hist. des principes de la Révol.*, p. 222. Brocher, p. 291. Boissonade, p. 350. Albert, p. 643. Sagnac, p. 213, 350. Aron, *NRH*, 1901, 606. Ci-dessus, p. 616, t. II.

(7) Résumé dans Aron, *NRH*, 1901, 478. Cf. *Arch. Parlem.*, t. XXIV.

de Rousseau, que la *propriété meurt avec l'homme* (1). Selon eux, le droit de tester est contraire à la nature ; la liberté de tester est aussi nuisible à l'Etat, — parce qu'elle facilite la constitution des grands domaines de l'aristocratie nobiliaire (2). — que funeste à la famille, car elle favorise le despotisme du père sur les enfants (3), car elle fait naître entre ceux-ci la jalousie et la haine, suites de l'inégalité de fortune. Ils n'allaient pourtant pas jusqu'à proposer l'abolition du droit de tester, mais ils voulaient réduire la quotité disponible. Mirabeau au dixième des biens, Tronchet au quart. Cazalès et quelques orateurs du midi défendirent assez énergiquement le système des pays de droit écrit pour que la discussion restât sans résultats immédiats. A leurs yeux, le droit de tester était aussi naturel que le droit de vendre ou d'hypothéquer, dont les effets ne sont pas limités à la vie du propriétaire ; on ne travaille, on n'économise et on ne s'enrichit que pour pouvoir librement disposer des biens acquis ; c'est là un attribut indispensable et l'une des sanctions les plus efficaces de la puissance paternelle ; enfin, l'inégalité des partages excite l'industrie des cadets et permet la grande culture, seule avantageuse dans certaines régions. Ainsi qu'on le voit, la question du droit de tester se liait, dans la pensée des Constituants, à celles du droit d'aînesse et des substitutions (4). Les idées de Mirabeau et de la majorité des

(1) Montesquieu, *Esp. des Lois*, 26, 6, 15 (le père n'est pas tenu de laisser sa fortune à ses enfants : il est quitte envers eux quand il les a élevés). La théorie de Grotius, d'après laquelle la succession *ab intestat* n'était qu'un testament présumé, était favorable à la liberté de tester.

(2) Les lois révolutionnaires déclarèrent non écrites les conditions immorales ou illicites insérées dans les donations (contr. à l'ancien droit où elles les annulaient) ou dans les testaments, afin que les particuliers ne fissent revivre à leur aide les institutions abolies. L. 5-12 sept. 1791 ; 5 brum. an II, art. 1 ; 17 niv. an II, art. 12. C. civ., art, 900. Bartin, Thèse, 1887.

(3) « Celui qui ne respecte son père que parce qu'il espère une plus forte part de sa succession, celui-là est bien près d'attendre avec impatience le moment de la recueillir, celui-là est bien près de haïr son père. » Robespierre, 5 avril 1791. Il est sûr que les bons fils n'ont pas besoin de primes et qu'il s'en rencontrera toujours de mauvais, avec ou sans la liberté de tester. Mais combien d'autres sur lesquels agit la perspective d'être déshérités !

(4) La tradition coutumière en faveur de la conservation des biens dans les familles était basée d'abord uniquement sur l'idée de copropriété familiale ; elle trouva ensuite un point d'appui dans le système féodal (dr. d'aînesse) ; enfin elle parut se justifier dans quelque mesure par l'intérêt même de la monarchie (substitutions).

Constituants ont inspiré les lois de la Convention, du 5 brumaire et du 17 nivôse an II. Elles ne permirent de disposer par donation ou legs que du dixième des biens, si le *de cujus* avait des héritiers en ligne directe, du sixième, s'il avait des collatéraux (1). Cette quotité minime ne pouvait pas être attribuée à un des héritiers, à titre de libéralité préciputaire (2), ce qui avait pour effet d'empêcher les parents de dépouiller leurs enfants au profit de l'un d'eux et de favoriser le morcellement de la propriété. Le droit de disposer à titre gratuit se trouvait donc réduit à peu près à rien. Dans la réaction qui se fit contre les tendances philosophiques et politiques de la Constituante et de la Convention, on abandonna ce système pour lui substituer un compromis entre les droits de l'individu et ceux de la famille : c'était la conclusion assez naturelle, assez d'accord avec l'opinion commune, de la marche de la vieille législation. La loi du 4 germinal an VIII (25 mars 1800) permit de donner ou de léguer le quart des biens, s'il y en avait quatre, et ainsi de suite, en comptant, pour déterminer la quotité disponible, le gratifié comme un enfant de plus ; les libéralités préciputaires au profit des successibles étaient autorisées. Le Code civil n'eut qu'à simplifier ces règles (art. 913 et suiv.). Il donne le nom de *réserve* à la partie indisponible du patrimoine, entendant par là que c'est une fraction de la succession *ab intestat* et qu'il faut être héritier pour y avoir droit. L'institution moderne ne se justifie pourtant point par l'idée ancienne de la conservation des biens dans la famille, mais par le devoir qu'ont les proches parents de se soutenir et de s'entr'aider ; en effet, les collatéraux n'y ont pas droit, la quotité disponible varie suivant le nombre et la qualité des héritiers intéressés, enfin la réduction atteint les donations comme les legs. Ce régime n'a compté que des partisans en France jusqu'à ce que l'école de Le Play (3) soit venue réclamer la liberté de tester comme en Angleterre (4), dans le but de restaurer l'autorité paternelle ; et que

(1) L. 5 brum. an II, art. 11. L. 17 niv. an II, art. 16 et suiv. Voy., pour plus de détails et au sujet des libéralités annulées, les auteurs ci-dessus. Sur l'exhérédation, ci-dessus, p. 622, t. II. Brandt, *op. cit.*, p. 88. *Add.* D. 7 mars 1793.

(2) L. 5 brum. an II, art. 9. L. 17 niv. an II, art. 9.

(3) Détails dans Boissonade, p. 362 à 664. Albert, p. 785. Thèse sur le bien de famille ou le homestead. Verdelot, Petiet, Serres, etc.

(4) **Droit anglais.** Liberté de tester, droit d'ainesse et substitutions :

les écoles socialistes aient attaqué le droit de tester ou même la succession *ab intestat*, parce qu'elles sont hostiles à la propriété individuelle (1).

tels sont les traits les plus remarquables du régime successoral anglais de nos jours. La liberté de tester n'existe que depuis les Tudors (St. de Henri VIII permettant de disposer par testament de la totalité des tenures en socage; assimilation, sous Charles II, des tenures en chevalerie aux tenures en socage). Coke, *Inst.*, 2, 32. Du temps de Glanville. I, 7, il était interdit de disposer par testament des immeubles; on ne pouvait donner entre vifs qu'une portion raisonnable (*quamdam partem terrae*) pour doter sa fille, à titre de franche aumône, etc. Les chattels se divisaient en trois parts, l'une pour la veuve, l'autre pour les héritiers, la troisième pour le mort; c'est cette dernière seule qui peut être léguée (sur cette division, cf. ci-dessus, part du mort, p. 654, t. II. Chez les Anglo-Saxons, elle est déjà mentionnée par Bède. Pollock et M., II, 247. La Grande Charte, 1215, c. 20, reconnaît aussi à la veuve et aux enfants un droit à une part raisonnable. Bracton, f° 60 et suiv. A défaut de l'une des parties, la division se fait par tiers et non par moitié. Mais Bracton constate déjà qu'à Londres, il existe une coutume spéciale permettant aux parents de disposer librement de leurs biens meubles; sans cela, dit-il, pas un bourgeois ne chercherait à s'enrichir et les enfants, assurés d'avoir la fortune paternelle, vivraient dans la débauche. Cf. Pollock et M., II, 350. C'est ainsi sans doute que, par voie d'usages particuliers, la règle du partage par tiers fut délaissée. Fitzherbert soutient encore que la légitime existe en vertu de la *consuetudo regni*; mais de son temps, elle ne se rencontre qu'à l'état d'exception. Quant aux immeubles, on ne put en disposer pendant longtemps, au moins par acte de dernière volonté, que sous des formes détournées, en recourant à la pratique des *uses*. On a vu qu'à partir des Tudors il en fut tout autrement. La liberté de tester s'est donc établie en Angleterre par réaction de caractère national sur les institutions; mais en se combinant avec les substitutions et le droit d'aînesse, elle a perdu de son importance. Cf. Houard, *Anc. lois*, I, 244, 288; *Cout. anglo-norm.*, 2, 136, 445; 3, 272.

(1) Mentha, *Le droit de tester*, 1891. Thiébault, Thèse, 1899 (*Le Principe de la propriété individuelle devant l'Assemblée Constituante*).

CHAPITRE V

LE RÉGIME DE BIENS ENTRE ÉPOUX (1).

§ 1. — *Epoque franque* (2).

1. — **Régime du mundium marital.** — Comme dans l'ancien droit romain où la femme était *in manu mariti*, dans l'ancien

(1) Bibliographie. — Ci-dessus, bibl., p. 3, 7, 13, 87, etc., t. II. — *Tract. univ. jur.*, t. 9. G. Durand, *Spec.*, 4, 4, *de dote*. J. Faber, f° 149. Benedicti, *Rep. in Cap. Rayn*, 1, 172. Serres, *Inst.*, 2, 7, 8. Henrys, *Œuvres*, 4, 3, 8, 32. Roussilhe, *Dot.*, 1785. — Loisel, 103 et suiv. Paris, art. 221 et comment. Pasquier. *Inst.*, p. 321, 353. Domat, 1, 9. *Tr. de la communauté* de Lebrun, 1709; Duplessis, 1702 (ou Comm. s. Paris, 1754); Renusson, 1723; Pothier, 1770. Bourjon, *Dr. com.*, 3, 10. Argou, 3, 8 et suiv. Poull. du Parc, t. V. Denisart, Ferrière, R. de Lacombe, Guyot, v^is^ *Communauté*, *Dot*, etc. — Britz, p. 824.

Laboulaye, *Cond. d. fem.*, 1843. Ginoulhiac, *Hist. du rég. dot.*, 1843. P. Gide, *Cond privée de la femme*, 1867, 1887. Viollet, 771. Glasson, 8, 194; 7, 358. Beaune, *Cond. des biens*, 446.

Stobbe, 4, 63 (bibl.). Schrœder, 69, 304, 720; *Gesch. d. ehel. Güterr.* 1863-1874. Heusler, 2, 292. Huber, 4, 349. Ficker, *Unters.*, not. t 3 et 4. Brunner, *Grundz*, 195. — Pollock et M., 2, 397. Glasson, *Inst. Anglet.*, 1, 111; 2, 284; 3, 220; 4, 308; 5, 103; 6, 184. Lehr, 71. — Pertile, 3, 312. Salvioli, 343. — *Siete Part.*, 4, 11.

Droit comparé. — Post, I, 165, 196; II, 149. Dareste, *Et.*, 4, 16, 25, 29, 36, 39, 61, 73, 108, 142, 186, 287, 310, 324, 348, 364; *N. Et.*, 20, 177, 238, 243, 247, 256, 268, 292, 304, 322, 335, 341, 369. Kovalewsky, *Cout. contemp.*, p. 155 et suiv. Kohler, *ZVR*, 1882 (Inde). Beauchet, I, 214. Girard, 940.

(2) Bibliographie. — Ci-contre. Schrœder, *De dote*, 1861; *Gesch. d. ehelich. Güterr.* (abrév. *Gût.*), 1863-74; *ZRG*, X, 426; *Hist. Zeitschr.*, de Sybel, 31, 289; *DRG*, *loc. cit.* Sandhaas, *Fränk. ehel. Güterrecht*, 1866. Adler, *Ehel. Güterr.* (Bavière), 1893. Haenel, *ZRG*, 1, 273 (Ostfaliens). Huber, *Histor. Grundlage d. ehelich. Güterr. d. Berner Handfeste*, 1884. Brunner, *Zu l. Salica, t. 44, de reipus* (*Berlin. Akad. Sitz. B.*, 1894, 1289); *Die fränk. röm. Dos* (*ibid.*, 515); *Die Geburt eines lebend. Kind.* (*ZSS. GA*, 16, 63). Lefebvre, *Introd. à l'hist. du dr. matrimonial français*, 1899, 1900. Galy, *La famille à l'ép mérov.* (d'ap. Grég. de Tours), thèse, 1901. Meynial, *NRH*, 1898. Pardessus, *L. Sal.*, 670.

droit germanique, elle se trouvait, corps et biens, sous le *mundium* marital (1) : conséquence naturelle de la vieille organisation de la famille (2). A mesure que celle-ci se relâche, — et il est à peine besoin de dire que l'évolution a varié suivant les peuples et que nous sommes trop souvent réduits à des aperçus schématiques, — les droits de la femme arrivent peu à peu à se faire jour. Tantôt, comme en droit romain, certains biens sont soustraits à la puissance maritale *(séparation de biens)* ; tantôt il se constitue entre époux une société de biens plus ou moins étendue *(communauté de biens)* ; au premier cas, les droits du mari sont cantonnés sur certains biens ; au second cas, limités sur tous. Dans le régime primitif (3), qui est un **régime sans communauté**, c'est à peine s'il peut être question de biens de la femme ; il n'existe qu'un patrimoine unique entre les mains du mari. Mais de très bonne heure, dès l'établissement des Barbares, semble-t-il, on distingue trois classes de biens sur lesquels la femme a des prétentions : la dot germanique, le don du matin et la dot au sens romain ou apport de la femme (4).

(1) *Cod. dipl. Langob.*, I, 134, n° 74 : *Arichis tradidit nepte sua... in die votorum cum omne substantia sua* (a. 769). *Cartul. Lang.*, n° 16 : *mittet eam sub mundio cum omnibus rebus mobilibus et immobilibus.* Thévenin, n° 48. Ci-dessus, p. 87, t. II. Le droit lombard représente ici une phase tardive de l'évolution ; c'est en ce sens que nous l'invoquons ; nous ne prétendons pas, comme on nous l'a reproché, généraliser ses solutions pour les étendre *de plano* aux autres peuples barbares. Brandileone, *Arch. giur.*, 67, 2.

(2) Cf. not. sur l'évolution du droit germanique. Heusler, § 134 (bibl. et discussion des systèmes). La vigoureuse synthèse qu'on y trouve montre combien le problème est difficile et combien on est loin d'être d'accord sur les détails et même sur l'ensemble.

(3) Nous ne reviendrons pas sur le passage célèbre et si discuté de Tacite, 18. Cf. ci-dessus, p. 86, t. II. *Acad. lég. Toulouse*, 1900, 169. Et dans un sens opposé, Lefebvre, 2. 354. Meynial, *NRH*, 1898, p. 165 (analyse intéressante des vieilles épopées germaniques), les Eddas, Gudrun; je n'ose généraliser et en conclure avec l'auteur que « *la femme conserve ses biens et peut quitter son mari à son gré.* » Brynhild comme Frédégonde me semblent hors de la règle commune). Cf. pour le dr. celtique, Origines de la famille; condition de la femme, t. I. Collinet, *R. celt.*, 1896, 320.

(4) On trouve un régime matrimonial qui rappelle celui des lois barbares dans le Code babylonien d'Hammourabi, vers 2250 av. J.-C., *Mém. de la délég. en Perse*, t. IV, Textes élamites, 2e s., par V. Scheil, 1902. Winckler, *Gesetze Hammurabis*, 1902. Dareste, *J. des Sav.*, 1902. Meissner, *Beitr. z. altbabylon. Privatr.*, 1893; *Beitr. z. Assyriologie*, 1898. *NRH*, 1886, 113 (Le dossier de Bunanitun). G. Cohn, *Gesetze Hammurabis*, 1903.

2. — **Pretium nuptiale** ou **Dot germanique** (1). — A° C'est le prix d'achat payé par le mari aux parents de la femme, lors des fiançailles, dans le droit primitif (2). Il appartenait à ceux-ci d'une manière définitive, et la femme n'eut d'abord rien à y prétendre; de son mari elle recevait le don du matin : de ses parents, quelques vêtements ou parures : c'était là tout son avoir. — B° Mais le droit de seconde formation (3) a renversé les rôles en donnant à la femme la totalité ou une partie importante du *pretium* (4) qui se transforme en dot (dite *ex marito* ou

(1) *Dos*, et dans la suite, au moins au neuvième siècle (Thévenin, n°s 175, 179. *Capitul.*, Index, *h. v°* *Dotalicium*, *Dotarium*, *Doarium*). *Donatio nuptialis*, *sponsalitia largitas*, *sponsalicium*. *Antifactum* (= don *ante nuptias*). Thévenin, n° 48. *Wittemon*, *widem* (Burg.), *Weotuma* (Anglo-Saxons), *witthum* dans le dr. post., cf. goth. *vidan* = lier; *welte*, allemand moderne. Cf. *viduum*, *Meta* (Lombards), cf. *Miethe*, *Lohn*, allem. mod.; *medfio* = *meta-feo* (*pecus*). *Mundshel* (Frisons). *Scael*, *ceap*, *gyft* (Anglo-Sax.) = *pretium*. — *Tanodo*, *tandono* (étym.? Brunner, *op. cit.*, p. 547) dans les seules formules franques. Marculf., 2, 15, 16. Merkel, 15, 17, 19, 22. Bignon, 6. Zeumer, *N. Arch.*, 6, 33. — *Arrhae*, Thévenin, n° 135. *L. Wis.*, Index, *h. v°*. Du Cange, *id.* Documents catalans postérieurs (*screix* = augment). — *Osculum*, usage romain des fiançailles. Cod. Théod., 3, 5, 5 (6) et Godefroy, s. ce texte, Tertullien, *de vel. virg.*, 10. Livre syro-rom., 45. Mitteis, *Reichsr.*, 225. Rozière, n° 219. Zeumer, *Form.*, p. 163. Thévenin, n° 177. *F. Viejo*, 5, 1, 4. Ci-dessus, p. 15, t. II. Epoque féodale : *oscle*, *oclage*, *ousclage*. Ragueau, Guyot, *h. v°*. Viollet, 421, 810. Laboulaye, 130. Esmein, *Mél.*, 62. Meynial, *NRH*, 1896, 527. Stouff, *NRH*, 1887, 249.

Tacite, 18. Tertull., *ad uxor.*, 2, 8. Nov. Théod., II, 14, 1, 4 (donation *ante nuptias* opposée à l'*altera dos*). Papien, 21, 3. *Burg.*, 62, 2. *Wis.*, 3, 2, 8; 5, 3; 6, 1; cf. 4, 5, 2. *Ep. Aegid.*, 3, 5, 1 (insinuation de dot). *L. Rom. Cur.*, 24, 20; 26, 1, etc. *Sal.*, *cap. extr.*, 7, 8. *Rib.*, 37. F. Angers, 1 (*dos* = *libellus dotis*). Brunner, *Fränk rom. Dos*, 546, montre comment le mot *dos* a changé d'acception et a désigné dans les textes barbares les biens donnés par le mari à la femme au moment du mariage, il a insisté en particulier sur l'usage du Bas-Empire, — déjà signalé par Esmein, *Mél*, p. 66, — de se constituer en dot la donation *ante nuptias*. Cod. Théod., 3, 5, 13. Nov. Théod., II, 14, 1, 3 (a. 439) : *licet res ante nuptias donatae*, *ut assolet fieri*, *in dotem a muliere rediganlur*. Ainsi s'explique la prescription de Valentinien III, Nov. 34, 9, et de Majorien, Nov. 6, 9, d'après laquelle la dot ne doit pas être inférieure à la donation *ante nuptias*. Cf. *Wis.*, 3, 1, 5. Brandileone, *Don. pr. n.*, 1892; *Arch. giur.*, 67, 2.

(2) Ci-dessus, p. 15, t. II. *Sax.*, 40. *Bai.*, 7, 6. *Wis.*, 3, 2, 8; 4, 7. *Burg.*, 12. *Alam.*, 54, 2. Aethelb., 77, 83; Ina, 31. Cassiodore, *Var.*, 4. 1. Procope. *de b. g.*, 4, 20. Isidore, *Orig.*, 1, 24. Grimm, *RA*, 421. Cf. *mundium* et *meta* dans les lois lombardes. Pertile, 3, 314; *mundr* dans les lois scandinaves, Dareste, *Et.*, 348, etc. Glasson, *Inst. Anglet.*, 1, 116. *Add.* Thèses : Roche, 1899; Lafourcade, 1902. Joly, *Dr. familial dans l'islamisme*, p. 79.

(3) Formation très irrégulière, avec des hésitations, des survivances, des dates très diverses suivant les peuples. Brandileone, *Arch. giur.*, 67, 2.

(4) Dot constituée par tradition (Roz., 220, 228. Stouff, compte rendu des

germanique), tandis que les parents n'en ont qu'une faible portion ou même sont réduits à un prix symbolique, comme le sou et le denier chez les Francs (1). La constitution d'une dot n'en est pas moins toujours considérée comme une condition de validité du mariage ; la femme que son mari n'a pas dotée n'est qu'une concubine, et l'Eglise s'efforce de faire prévaloir cette doctrine, si bien que la loi des Ripuaires (2) et quelques autres lois barbares (3) établissent une dot légale à défaut de dot conven-

Rappolst. Urk. dans les *Ann. de l'Est*, 1901 : tradition du douaire à la femme avec un brin de paille, avec les mains et la bouche, publiquement, sur la route de l'Empire) ou *per cartam* (Ci-dessus, p. 315, t. II). *Rib.*, 37. Roz., 219 et suiv. (*Libelli dotis*). Cf. Brunner, *op. cit.*, et *Röm. und germ. Urkunde*, 1880. Nécessité de la *gestis alligatio* pour la don. *ante n.* et même pour la dot, contrairement au droit Justinien qui dispense même la don. *ante n.* de l'insinuation. Cod. Théod., 3, 5 (*Int.* et *Epit.*). *F. Andec.*, 1 (*N. Arch.*, 11, 328); *Sen.*, 39, 40. *Bitur.*, 15. Rozière, 221 et suiv.

(1) *Burg.*, 66 (partage par tiers, si la femme n'a ni son père ni ses frères); 86, 2; 62; 69; 42; 52. F. Lindenbr., 75 : *apud parentes nostros complacuit nobis ut ego tibi de solido et denario desponsare deberem ; similiter complacuit ut de rebus proprietatis meae tibi aliquid in dotis titulum condonare deberem. Rib.*, 37. *Alam.*, 55. *Bai.*, 14, 7. Cnut, 2; 74. Aelfr., 12. *Roth.*, 178 et s. *Liut.*, 89, 114, 126 et suiv. Sous Rotharis. la femme a droit à la *meta* d'une manière exceptionnelle; sous Liutprand, en règle générale, et alors ses parents ne reçoivent qu'un prix symbolique (4 deniers, Fumagalli, *Cod. dipl.*, 69, a. 853). Rive, *De dote*, 1852. Brandileone, *Arch. giur.*, 67, 2.

(2) *Rib.*, 37, 2 : 50 sol. (cf. *wergeld* de 200 s., et *Rib.*, 36, 11 : 25 bœufs ou 4 chevaux, etc.). *Alam.*, 55, 3 : 40 s. *Bai.*, 14, 6 et suiv.; 7, 14. Sur la *justicia* du dr. bavarois, cf. Adler, *op. cit.*, et compte rendu par Brunner. *ZSS. GA*, 1895, 231. Brunner, *Forsch.*, 482; *Fr. r. Dos*, 569 et s.; *Festg. f. D.*, 41 et suiv., soutient que, chez les Saliens, à défaut de convention spéciale, la dot est du tiers des biens (meubles ou immeubles) du mari et que le mot *tertia* est même le terme technique désignant cette dot coutumière. Pardessus, *Dipl.*, n° 179 (VI° s.). Marculf., 2, 17. Thévenin, n°s 53, 175, 179 (a. 833, etc.). *Cart. Langob.*, *MGH. LL.*, IV, 595 (*tertia*, dot du Salien, et *quarta*, dot du Lombard). Dans les *Cap. extr.*, de l. Sal., 7 et 8, la dot 62 s. 1/2 est peut être la *tertia* d'usage, car elle équivaut, semble-t-il, au tiers du wergeld, et le wergeld lui-même correspond à la valeur du lot de terre (*Hufe*) de l'homme libre. D'après Ficker, 3. 376 et suiv., la dot normale serait de 1/2. Heusler, 2, 310. Il est singulier que cette quotité du tiers soit précisément celle du droit de la veuve sur les acquêts. Cf. ci-après, douaire du tiers ; ci-dessus, p. 654, t. II, part du mort ; ci-après, p. 133, n. 1, t. II, Anc. us. d'Anjou, éd. Marnier; § 75.

(3) Sans dot, pas de mariage, et les enfants sont illégitimes. Majorien, Nov., 6, 9 (a. 458) (précédents orientaux, Mitteis, *Reichsr.*, 225). Quoique abrogée par Sévère en 463, la règle s'applique en Gaule. Lettre de Léon le Grand à Rusticus de Narbonne en 458 ou 459 (Mansi, VI, 405), reçue dans Capit., 7, 105 (6, 133; 7, 179, 389, 463; *Add.* 4, 2), dans Gratien, 2ª p., C. 30, q. 5, c. 6 (prétendu Concile d'Arles, ci-dessus, p. 16, t. II) : *nullum sine*

tionnelle. L'usage d'une dot *ex marito* s'explique (1), en dehors des précédents romains et barbares, par deux raisons (2) : *a)* Devenue veuve, la femme se serait trouvée sans ressources, à la merci des héritiers du mari, presque dans la situation d'une esclave; la dot maritale lui assura un traitement meilleur, et, au besoin, pourvut à sa subsistance ; *b)* Sous un régime où tous les biens de la femme passent au mari, où ils sont tous dotaux et où il n'y a pas de paraphernaux, la dot germanique apparaît comme une équitable compensation au profit de la femme (3);

dote fiat conjugium. Majorien visait la dot romaine, le pape Léon la don. *ante n. in dotem redacta*, les sources ecclésiastiques postérieures, la dot germanique (jusqu'au XII[e] s.). *Wis.*, 3, 1, 9 (Erwig); 12, 3, 8. Papien, 37. Cod. Théod., 3, 7, 3. Les *Libelli dotis*, Rozière, n[os] 219 et suiv., renferment tous des constitutions de dot par le mari à la femme. Dans la conception germanique du mariage, en l'absence de fiançailles, il ne saurait y avoir d'union régulière ou du moins honorable. Ci-dessus, p. 83, t. II. Dareste, *Et.*, 309, 324.

(1) La donation *ante nuptias* du Bas-Empire dérive de l'usage si commun des présents faits avant le mariage par le mari à la femme ; cet usage lui-même a son origine dans le mariage par achat. Pourquoi s'est-il généralisé et est-il passé à l'état d'institution régulière ? Cf. Esmein, *Mél.*, p. 58. Mitteis, *Reichsr.*, p. 256. Larocque, *Le don du fiancé*, thèse, 1898. Lefebvre, 2, 223. Meynial, *NRH*, 1897, 134 (rareté des paraphernaux). Dareste, *Et.*, 41. La pratique romaine se fondit aisément avec le droit barbare qui transforma, comme beaucoup de vieilles législations, le prix d'achat en dot au profit de la femme. Les préambules des formules de constitution de dot invoquent la *lex romana* et la *consuetudo pagi*, d'accord entre elles malgré la divergence de leurs points de départ. Cf. Bachmann, *Corpus juris Abessinorum*, 1890. Dareste, *Et.*, 4, etc. : la dot constituée par le mari se rencontre en Egypte (avec la suprématie de la femme dans le ménage au grand scandale des Grecs), chez les Juifs, sous le nom de *Khelouba* (minimum de 200 *zouzes* ou deniers pour la fille, 100 pour la veuve, Talmud), chez les Arabes, chez les Hindous, dans le Caucase (où, depuis 1866, le père remet à la fille un tiers du prix qu'il a reçu pour elle). Hanoteau et Letourneux, *Kabylie*, 2, 155.

(2) Ces motifs nous paraissent résulter de l'analyse de l'institution. Formules et actes considèrent simplement la dot comme la suite forcée du mariage, une condition de sa régularité (je t'ai épousé, c'est pourquoi je te donne). Cf. Rozière, n° 240 : *ne eam obprimat servitute famularum, sed ut carnem suam nutriat et foveat*; n° 238 : *ita ut nulli coheredum meorum servire debeat*. Les expressions : *pro amore dulcitudinis* (Rozière, n° 229, 232), etc., font allusion à l'*affectus maritalis*, c'est-à-dire au mariage légitime à l'exclusion du concubinat. Cf. Lefebvre, 2, 426. Heusler, 2, 294 : le mari montre par là qu'elle sera *loco filiae, socio vitae*. En Norwège, l'augment de dot ou *tilgiöf*, constitué par le mari, est en général de la moitié de la dot. La *Khelouba* juive semble destinée à empêcher le mari d'abuser de son droit de répudier la femme.

(3) C'est l'idée qu'exprimerait bien le mot *tanodo* des formules franques,

le mari lui affecte une part de son patrimoine en retour de ce qu'il gagne sur ses biens ou à l'aide de ses biens; ce motif devint plus pressant à mesure que les droits de succession de la femme prirent de l'importance, et on dut lui attribuer une part des acquêts. A l'origine, la dot *ex marito* ne consistait sans doute qu'en objets mobiliers (1); mais les actes et les formules contiennent de longues énumérations dans lesquelles figurent, à côté de l'or, de l'argent, des chevaux, des vêtements, des fonds de terre et même des domaines avec les esclaves qui les cultivent (2). Chez les Lombards et les Wisigoths on fixa, à l'instar de la quotité disponible, un maximum que la dot ne pouvait pas dépasser (3).

3. — Le **don du matin** ou **Morgengabe** (4) consista uniquement à l'origine dans quelques menus cadeaux (5) qu'il était d'usage que le mari fît à la femme le lendemain du mariage (6). Il constituait, de la part du mari, une ratification de l'union conjugale, une renonciation au droit de répudier sa femme dans

si on acceptait la leçon *tanto dono* de certains documents dans le sens de don équivalent à la dot. Il est fâcheux que ni cette leçon ni ce sens ne paraissent exacts. Mais, toute question de terminologie à part, il n'en est pas moins vrai que la dot germanique est devenue la contre-prestation de la dot romaine; à coup sûr, la perspective d'une forte dot devait décider le fiancé à se montrer généreux. On n'est pas allé cependant jusqu'à prescrire l'égalité entre les deux dots, et la dot germanique n'a pas cessé de précéder le mariage comme la donation *ante nuptias* romaine dont elle se rapproche tant. Cf. *Wis.*, 3, 1, 5. César, *B. g.*, 6, 20. Ci-contre, p. 718, t II.

(1) Cf. exclusion de la femme de la succession à la terre. A l'origine, la femme n'a qu'une dot mobilière et le droit au *Beisitz*, c'est-à-dire à ne pas être expulsée du foyer conjugal. Ci-après, Habitation.

(2) Rozière, nos 219 et suiv. Thévenin, nos 177 (11 *villae*), 174. Galswinthe reçoit cinq cités d'Aquitaine, entre autres Limoges, Cahors et Bordeaux (*Capit.*, éd. Bor., 1, 13). La *Khetouba* juive n'était payée effectivement qu'au moment de la dissolution du mariage.

(3) *Liut.*, 7 (a. 717) (*morgincap* du quart au plus), 88 (*meta* de 400 ou 300 s. au plus) selon la condition des personnes intéressées. Pertile, 3, 316. *Wis.*, 3, 1, 5 (*Chindaswind*), a. 645 : dixième des biens du mari. Cf. Ulp., Reg. 15. Zeumer, *N. Arch.*, *loc. cit.* Brandileone, *Arch. giur.*, 67, 2.

(4) Greg. T., 9, 20 : *tam in dote quam in morganegiba, hoc est matutinali dono. Rib*, 37. Aethelb., 80. *Roth.*, 199, etc. Du Cange, Haltaus, *h. v°*. *Morgengabe* est féminin, mais les lois barbares disent *ipsum morgincap*. Thévenin, n° 178. Gengler, *De morg.*, 1843. Zdekauer, *Il dono d. mattino* (Florence), 1886 (*Miscell.*). Heusler, 2, 297. Schrœder, *Güt.*, 1, 106. Huber, 4, 380.

(5) *Alam.*, 56, 2 : montant 12 sol., et la femme en établit l'existence en jurant la main sur la poitrine. Huber, 4, 355. *Sal.*, 102, Hessels.

(6) Remise de la main à la main. *Rib.*, 37.

les cas où, selon l'expression biblique, elle ne trouvait pas grâce devant lui ; ces cas étaient ceux où elle avait des vices cachés (1), et l'un de ceux-là, chez beaucoup de peuples primitifs, est la perte de la virginité ; aussi appelle-t-on quelquefois le *morgengabe*, *pretium* ou *praemium virginitatis* (2). Dans la réaction chrétienne contre la facilité du divorce, le don du matin, perdant sa primitive raison d'être, se transforma en appoint de la dot germanique (3) ; comme celle-ci, il comprit des meubles et des immeubles et non plus seulement des objets à l'usage des femmes (4) ; il finit par se confondre avec la dot (avec laquelle il faisait double emploi) pour former le douaire (5).

4. — **Dot romaine**, **Faderfium** (6), **Maritagium** (7). —

(1) Le fiancé ne connaissait pas sa fiancée la plupart du temps. Cf. mœurs musulmanes.

(2) Cf. Juvenal, 6, 199 : *quod prima pro nocte datur*. — Sur l'importance attachée à la virginité, cf. Deutéron., XXII, 14 et suiv. Bizarre disposition du Cap. de 757, 10. *L. Walliae*, 2, 20. Michelet, *Orig.*, p. 58. Tristan et Iseult. *Aethelbirth*, 77. Westermarak, p. 341. Ci-dessus, p. 68, t. II. Post, 2, 94. Pertile, 3, 317. Heusler, 2, 298 (bibl.). *Alam.*, 53. Le *Morgengabe* appartenait aux veuves ; cependant quelques Cout. récentes (Augsbourg, Bâle) le leur dénient en haine des deuxièmes noces ; donné aux veuves, il prend quelquefois le nom d'*Abendgabe*, don du soir. Osenbrüggen, *Stud.*, 76 (Suisse). Amira, *Recht*, 162. *Morgengabe* donné par la veuve à l'homme qu'elle épouse, si ce n'est pas un veuf. Huber, 4, 380. — Peut-être faut-il y voir une sorte de composition due par le mari à la suite du rapt. — Heusler y voit plutôt un honneur fait à la femme, un signe qu'on ne la traitera pas en esclave, mais en maîtresse de maison (le trésor des Nibelungen était le *morgengabe* de Kriemhilt). Dareste, *Et.*, 108 (Perses) ; 288, Suède : constitution devant douze témoins, et taux variable suivant la condition des époux ; 324 (*linfé* en Norwège). *N. Et.*, 239, 370 (Pays de Galles).

(3) A la différence du *pretium*, le *morgengabe* se rencontre dans les unions irrégulières. *Roth.*, 223. Cf. mariages morganatiques, ci-dessus, p. 84, t. II. Le *M. de Saxe*, 1, 20, en fait un privilège des nobles.

(4) A la tradition réelle se substitue l'écrit. Chez les Lombards, le *morgincap* ne doit pas dépasser le quart (Adelg., 3 : le huitième) des biens du mari présents et futurs. *Liut.*, 7 (a. 717), 103 : défense au mari de donner à la femme plus que celle-ci a reçu *in diem votorum in mepfio et morgincap. Burg.*, 24 ; 42, 2.

(5) Droit lombard : actes de 833 : *pro meta, i. e. quarta* ; 874, 875, etc. Form. wisigot. n° 20 : const. de dot en vers hexamètres. Tr. d'Andelot, 587 : Galeswinthe a reçu des cités *tam in dote quam in morganegyba*. Huber, 4, 380 : acte de 1282 (*dote seu dotalicio quod vulgariter dicitur morgangaba*) ; cependant survivances jusqu'à nos jours, *ib.*, 381. M. de Souabe, 18. Ci-après.

(6) *Roth.*, 182 : *fader* = père) *fio* (= *pecus*), 199, 201.

(7) *L. Henric. I*, 1, 3, 4, 70, 22. *TAC. Norm.*, 3. Glanv., 7, 1. Du Cange, *h. v°*.

A° L'apport de la femme consista d'abord en vêtements et ornements à l'usage exclusif des femmes *(rhedo)* (1), l'unique succession dont on ne put la priver. — B° Quand on lui reconnut des droits plus étendus sur le patrimoine paternel, son apport grossit ; en dehors de son trousseau, elle eut une dot au sens romain (2) ; c'est le *faderfium* lombard, le *maritagium* anglo-saxon. Tantôt ses parents lui donnent par avance, en la mariant, sa part héréditaire (3), tantôt elle a déjà recueilli la succession à laquelle elle a droit par suite du prédécès de ses père et mère (4). La progression des droits de succession des femmes est un des facteurs les plus importants de l'évolution du régime de biens entre époux. En faisant de la sœur l'égale de ses frères, on rapprochait la femme de son mari.

5. — **Droits du mari pendant le mariage.** — Dans les communautés familiales, comme celles du droit burgonde, l'unité de patrimoine ne permettait à la femme d'avoir rien en propre (sauf sans doute les *ornamenta muliebria*) ; ses biens se confondaient avec ceux du mari ; produits et fonds grossissaient l'avoir commun (5). Sous les régimes moins strictement communau-

(1) *Rhedo* (trousseau, cf. allemand post. *Gerade* : Italie, *corredum*), de *rât* = *supellex*. Ci-dessus, p. 589, t. II. *Thur.*, 2, 4; 1, 7 : *mater moriens filio terram, mancipia, pecuniam dimittat, filiae vero spolia colli, vel quidquid ornamenti proprii videbatur habuisse. L. Fr. Cham.*, 42. *Burg.*, 51, 3 et 4 : *ornamenta et vestimenta matrimonialia ad filias absque fratrum consortio pertinebunt*, 86, 1 : *mala* (*nuptialia*, cf. *Gemalh*) *hereda* (*ornamenta*, *Gerade*); 14, 6, et 14, 4 (*erogaverint?*) Cf. *Sal.*, 59; *Cap. extr.*, 7 : *quae de casa patris mei exhibui, lectum, scamnum, cathedrae. Alam.*, 55. *Scerfa*, même sens chez les Lombards : *mobilibus rebus meis, hoc est scherfa mea*. Lupo, *Cod. Berg.*, 1, 529. Pertile, 3, 312. Dümmler, *Formelbuch*, p. 96. Au quinzième siècle, les Dithmarses (Frise) marient encore leurs filles sans les doter. Hanoteau et Let. *Kabylie*, 2, 162, 294. Du Cange, v° *trosellus*. Dig., *de leg.*, 32, 32, 6.

(2) Y avait-il tradition au mari des choses dotales?

(3) *Roth.*, 181, 182, 184 (Pappenheim, *Launegild*, p. 9), 186, 199, 201, 228. *Liut.*, 1 et suiv., 14, 64, 101, 113. Aist, 1, 4, 5. Actes, p. ex. c. 855 : *dedi tibi cum filia mea casis, rebus, familias, scerfa auro et argento*, etc. Pertile, 3, 312. Schrœder, 305, Greg. T., 4, 27 (riche dot de Galswinthe); 6, 45 (dot de Rigonthe, fille de Frédégonde portée sur 50 chariots). Sal., *cap. extr.*, 14. Marc., 2, 10. — Exhérédation au cas de mariage de la fille sans le consentement de ses parents. *Liut.*, 119 (dispos. impérative). *Burg.*, 12, 5. *Alam.*, 57 (mésalliance. — Cf. épiclère du droit grec, Beauchet, *op. cit.*, *Erbtochter* du droit allemand.

(4) Irlande : l'autorité dans le ménage appartient à celui des deux époux qui fait l'apport le plus considérable. Dareste, *Et.*, 324.

(5) Huber, *Hist. Grundlage d. ehel. Güterrechts d. Berner Handfeste*, 1884;

taires, le *mundium* marital entraînait des conséquences semblables par certains côtés, différentes par d'autres (1). En apparence, tout au moins, il n'y a qu'un seul patrimoine; les biens qui le composent, qu'ils viennent de la femme ou du mari, sont soumis à l'administration et à la jouissance de celui-ci (2). Il a

Gesch. d. Schweiz. Privatr., 4, 349. Heusler, 2, 301. La *communis facultas* du père et des enfants embrasse l'apport de la femme que celle-ci ne peut pas retirer, 14, 4 (cf. Huber, 4, 351, 3; Schrœder, *Gût.*, 299; Brunner, ZSS. *GA*, 1895, 104); elle a droit à une quote part, à une part d'enfant sur la masse commune, cf. 24, 62, 74. Cf. *Alam.*, 91, 95, 53, 55 : *Pactus*, 3. Huber, 4, 352 (bibl.). Post, 2, 150.

(1) Chez les Arabes, avant l'islamisme, la femme est achetée et fait partie de l'héritage; d'après le Coran, elle doit consentir au mariage, devient propriétaire du don nuptial, conserve durant le mariage la jouissance de ses biens personnels et ne contribue même pas aux dépenses du ménage; elle n'est soumise à aucune autorisation du mari. Devenue veuve, elle recueille, à titre héréditaire, une portion des biens du mari. La femme arabe est donc passée de l'extrême sujétion à l'extrême liberté. Dareste, *Et.*, 61. Mais il ne faudrait pas croire que ces règles aient été appliquées dans tous les pays musulmans. Cf. par ex. Hanoteau et Let., *Kabylie*, t. 2.

(2) *Burg.*, 100 : *maritus facultatem ipsius mulieris* (romaine ou burgonde) *sicut in eam habet potestatem, ita et de rebus suis habeat* (en l'absence de) fiançailles préalables). Cf. t. 12, 61. Cette Novelle (*N. Arch.*, 25, 285) est faite pour une époque de transition (dot romaine, *mundium* barbare). Pour M. Lefebvre, 2, 442, ce serait le renversement de l'ancien droit burgonde et l'établissement de la puissance maritale en vertu des idées chrétiennes. Ci-contre, p. 90, 96, t. II. Glasson, 3, 211. *Burg.*, 1, 42, 45, etc. C. Euric., 223. *Mélanges Couture*, p. 25. *Wis.*, 2, 3, 6; 4, 2, 15. Zeumer, *N. Arch.*, 24, 96. Schrœder, *Güterr.*, 1, 126. *Rib.*, 74; ce *bout de texte*, comme l'appelle M. Lefebvre, 2, 445, est très significatif; il déclare, en passant et comme si la chose allait de soi, que l'on ne peut pas plus contracter avec la femme d'autrui qu'avec un esclave ou un enfant, se référant visiblement pour justifier sa décision à l'organisation coutumière de la famille. C'est surtout chez les Francs Saliens que M. Lefebvre, 2, 432, conteste l'existence du *mundium* marital. L'exemple de Frédégonde est peut probant (ci-dessus, p. 88, t. II); son cas est si anormal qu'elle sent le besoin de se justifier devant les Francs. Mais nous convenons que les *libelli dotis* (Rozière, 219 et suiv.) lui fournissent un argument plus sérieux, en attribuant à la femme la propriété, la jouissance, la possession (immédiate ou à dater du mariage) des biens constitués en dot par le mari. Il n'y est fait aucune allusion au *mundium*, à l'intervention du mari dans la gestion ou la disposition de ces biens. De sorte que la femme franque apparaît comme indépendante du mari, séparée de biens, avec un patrimoine et des intérêts distincts, à l'instar d'une romaine. Notons pourtant que toutes les formules ne sont pas identiques; tantôt les époux doivent posséder ensemble, ou la femme doit avoir sa dot si elle survit; tantôt elle l'a de suite, mais pour sa vie avec retour au mari ou à ses héritiers; tantôt elle peut en faire ce qu'elle veut. Les droits de la femme varient donc; mais, en apparence, la situation est toujours la même, et c'est pour cela qu'il ne faut pas trop se laisser impressionner par des formules calquées sur des modèles romains; elles

la faculté d'aliéner les meubles (sauf les *ornam. mul.*) (1). Toutes les acquisitions réalisées durant le mariage lui appartiennent (2), fruits, récoltes ou produits du travail (*quod simul laboraverunt*) (3). Quand l'apport de la femme porta sur des

n'expriment que par à peu près le droit pratique des Barbares; on le voit bien par leurs lacunes, l'absence du droit aux acquêts par exemple. Peut-être doit-on en conclure qu'il était licite de constituer à la femme un pécule propre, comme elle avait des paraphernaux à Rome; mais on se tromperait en envisageant comme droit commun ce qui n'était qu'une rare exception, la copie du civilisé par le barbare de classe supérieure (arg. don. de *villae*, de domaines considérables). Derrière ce placage trompeur subsiste, au moins pour la masse, et sans doute aussi dans une large mesure pour les exceptions, le vieil usage qui soumet la femme au mari et ne lui permet pas d'agir sans lui. Ci-après, notes. D'ailleurs, l'attribution des biens donnés à la femme n'implique pas nécessairement la perte de la jouissance pour le mari donateur. Ci-dessus, p. 653, t. II. Le but essentiel du *libellus dotis* était de rendre irrévocable le droit de la femme; on le qualifiait comme on aurait fait du droit d'un acheteur, en employant des clauses de style (Roz, 267 et suiv.; cf. 159 et suiv.); cela ne veut pas dire que la femme dût se comporter comme un acheteur; il aurait fallu qu'elle perdît sa qualité de femme mariée pour que cela fût possible. Aussi dans les chartes d'*inter-donatio*, n'est-il pas fait mention de la dot *ex marito*. Roz, 245 et suiv.; à les lire, on ne se douterait pas qu'elle existe.

(1) *Burg.*, 51, 4. Ci-dessus. Là est le germe d'un pécule, de biens propres et séparés pour la femme (dr. anglais et allemand). On vient de voir que dès l'époque franque peut-être, la femme avait aussi, par exception à notre avis, des biens qu'elle administrait et dont elle gagnait les fruits. Tel est le cas de Frédégonde (fort exagéré par le caractère de cette reine). (Greg. T., 6, 45) : *immensum pondus auri et argenti sive vestimentorum protulit, ita ut videns haec rex nihil sibi remansisse putaret. Regina ad Francos ita ait : ne putetis quicquam hic de thesauris anteriorun regum haberi, omnia enim quae cernitis de mea proprietate ablata sunt, quia gloriosissimus rex multa largitus est et ego nonnulla de proprio congregavi labore et de domibus mihi concessis, tam de fructibus quam de tributis, plurima reparavi; sed et vos plerumque me de muneribus vestris ditastis.* Greg. T., 6, 45; 10, 79. Cf. Lombards, Pertile, 3, 313. Dareste, *Et.*, 325 : en Norwège, le mari administre les biens de sa femme, mais le patrimoine de chacun d'eux reste séparé; celui de la femme comprend la dot, l'augment, le don du matin et tout ce qui advient à la femme par succession ou autrement. Si la femme prédécède, le mari conserve l'augment. Cf. *ibid.*, p. 348 (Islande).

(2) Cf. *Roth.*, 184. *Liut.*, 57. Ci-après, Part. des acquêts. Cependant, Frédégonde s'attribue exclusivement les acquêts provenant de son travail, du revenu de ses biens, des libéralités de son mari ou des tiers. Dans les dons mutuels entre époux, le mari et la femme se donnent réciproquement les acquêts faits pendant le mariage *quod pariter conlaboraverimus*. Roz., 245 et suiv.

(3) Cf. *Rib.*, 37, 3. *Alam.*, 55, 2. *Wis.*, 3, 6, 1. Greg. T., 10, 29. Les biens de la femme, comme ceux du mari, répondent des délits de celui-ci. *Bai.*, 1, 10. *Burg.*, 65. *Secùs*, Iua, 57. Athelst., 6. Cnut, 2, 76. Le *wergeld* de la femme appartient au mari. *Alam.*, 51. *Roth.*, 200. Ci-dessus, p. 17, t. II.

immeubles, il se produisit un conflit entre les droits du mari et ceux de la famille de la femme (1); en général, le mari n'en eut pas la libre disposition, pas plus que de ses immeubles propres (2). Il ne fut pas autorisé non plus à priver la femme des droits qu'il lui avait constitués sous forme de *pretium* ou de *morgengabe* (3).

6. — **Dissolution du mariage** (4). — Les divers biens réunis entre les mains du mari de manière à former un patrimoine unique, au moins en apparence, ne se dissocient pas toujours à ce moment. La tendance du droit barbare est plutôt de laisser subsister l'union de biens issue du mariage (5). Quand elle se

(1) Cf. en droit romain, le mari propriétaire du fonds dotal. *Burg.*, 100. Chez les Juifs, la dot et la *Khetouba* sont administrés par le mari durant le mariage. Cf. pour le Caucase, adm. de la femme. Dareste, *N. Et.*, 239, 268 (Mongols : la femme dispose librement de son douaire), 323 (Cambodge).

(2) *Liut.*, 22 : en présence de ses parents ou du juge, la femme qui aliène son bien avec le consentement du mari, *violentiam se pati non reclamat*; 29. Thévenin, n°s 58, 148. Rosin, *Formvorschr. f. die Verausserungsgeschafte der Frauen* (dr. lombard), 1880 (*Unt.* de Gierke). Ci-dessus, p. 38, t. II. Dareste, *Et.*, p. 310.

(3) Les droits de la femme expliquent son concours fréquent aux actes du mari (cf. enfants). Actes (Schrœder, *Gût.*, p. 130 et suiv.) : 773, le mari a fait tradition à sa femme et tous deux livrent conjointement à un tiers le bien qu'elle a reçu; 775, le mari donne ce qu'il a, sauf la dot constituée à sa femme: 774 : *O. et conjux mea H. donamus, hoc est quod donat conjux mea suam dotem quam tradidi illi ante diebus nuptiis. Rib.*, 37, 3; durant le mariage, des biens *conscripta* ou *tradita* ont été consommés (*simul consumpserint*), la veuve n'a pas le droit de les réclamer ni sans doute d'exiger un équivalent. Heusler, 2, 314, 349. Thévenin, n° 134. Huber, 4, 358 : *ego* (femme) *et L.* (mari) *conquisivimus*. Heusler, 2, 314. Lefebvre, 2, 433. Cf. Actes des Apôtres, 5, 1 : Ananias vend son bien conjointement avec Saphira.

(4) D'après Brunner, *op. cit.*, le droit national franc accordait à la veuve la propriété de la dot germanique, mais une propriété limitée par les droits des enfants, s'il y en avait, et à défaut d'enfants, par le droit de retour aux parents du mari donateur; en cas de prédécès de la femme, ses héritiers n'y avaient pas droit et le mari la gardait; le *morgengabe* faisait retour au donateur après la mort de la femme ; quant aux acquêts, ils auraient été communs entre époux, sauf à se partager dans la proportion de deux tiers au mari (ou à ses héritiers) et de un tiers à la femme. D'ailleurs, la dot conventionnelle aurait exclu le droit à une part d'acquêts. Cf. cep. *Festg. f. Dernb.* (droit de disposer).

(5) *Beisitz* allemand. Ainsi s'explique la loi des Thuringiens déclarant que la mère laisse à ses fils la terre et à ses filles la *Gerade*. Elle est exclue de la succession à la terre; mais à raison de son droit de *Beisitz*, elle remplace, en fait, son mari à la tête du patrimoine de la famille. En Pologne, la veuve reste en jouissance des biens tant qu'elle ne se marie pas; si elle se remarie, elle n'a aucune part à l'héritage, mais elle emporte son lit garni,

rompt, le sort des biens varie non seulement d'après les lois, mais suivant les causes de dissolution du mariage, suivant qu'il y a (ou même qu'il y a eu) ou non des enfants du mariage (1), suivant que le survivant des conjoints se remarie (2). Nous ne pouvons que donner un aperçu rapide de ce sujet complexe (3), en notant comme un trait frappant l'affectation des biens conju-

les produits de son travail. Dareste, *Et.*, 186; *N.Et.*, 324. Glasson, *Inst. Anglet.*, 1, 125. Ci-dessus, p. 104, t. II. Joly, Thèse, p. 132 (régime de la *Hadana* en dr. musulman).

(1) Brunner, ZSS. *GA.*, 1895, 63, a montré l'influence de la **naissance d'un enfant** sur le régime matrimonial (*Kinderzeugen bricht Ehestiftung*). Dans l'ancien droit, on se marie *liberorum quaerendorum causa*, et la stérilité de la femme est une juste cause de répudiation. *Bai.*, 8, 14. Charlemagne répudie la fille de Didier. *Mon. S.Gall.*, 3, 17. Hincmar, dans Migne, *Patr. Lat.*, 125, 734. Ci-dessus, p. 87, t. II. Tant qu'il n'y a pas d'enfants, le mariage n'est que provisoire et l'on n'a pas de peine à comprendre qu'un régime de biens provisoire, lui aussi, corresponde à cet essai de vie commune. Une fois le mariage scellé par la naissance d'un enfant, les droits pécuniaires des époux sont modifiés, même si l'enfant meurt avant la dissolution du mariage. Ainsi, en se plaçant aux diverses époques de l'ancien droit : *a*) sous le régime de séparation de biens; les droits du mari sont accrus; il gagne la dot en cas de survie (*courtoisie d'Angleterre*); *b*) la séparation de biens se change en communauté, la communauté limitée en communauté universelle; le survivant prend tous les biens (au moins s'il n'y a pas d'enfants au décès). Applications chez les Frizons : 1° Dr. barbare : *Pactus Alam.*, 3, 1 ; *L. Alam.*, 89 (l'enfant a ouvert les yeux, vu le toit et les 4 murs). *Bai.*, 15. 8. *Sax.*, 47. Aethelb., 78, 81. *Burg.*, 14, 3, 4 (Brunner, p. 104). *Gulathingslög*, § 54. — 2° France féodale, Normandie, Angleterre : enfant criant et pleurant, ci-après, Gains de survie. — 3° Sicile (orig. normande?). Communauté universelle avec participation des enfants. V. la Mantia, *Consuet.*, p. 6. Brünneck, 1, 81; 2, 6. *Ass. d'Antioche*, p. 47. — 4° Artois, Flandre, Hainaut, Vermandois : entravestissement de sang. Ci-dessus, p. 676, n. 5, t. II. *Cout. de Flandre*, éd. Linburg-Stirum, 3, 509. Faider, *C. de Hainaut*, 3, 353. — 5° Frise, Westphalie, div. parties de l'Allemagne, cf. Brunner, *op. cit.* — 6° Suisse. Huber, 4. 356, 437. *Plaict gén. de Lausanne*, éd. Salis, p. 58 *ZfschwR.*, 1903, 226). — Brunner, p. 92, voit aussi dans le délai d'an et jour un temps d'épreuve. Mitteis, *Reichsr.*, p. 224 (Egypte) : si la femme n'est pas enceinte au bout de ce temps, le mari a le droit de la répudier. Ci-après, point de départ de la Communauté.

(2) Sur les secondes noces, cf. p. 1069. La plupart des lois barbares visent les mariages subséquents et leurs conséquences pécuniaires. *Add.* Brunner, *Sitzb. Ak. Berlin.*, 1894, 2, 1289 (le t. 44 de la l. Salique sur le *reipus* n'est qu'une imitation de la pratique gallo-romaine. Cod. Théod., 3, 7, 1 ; il s'explique par l'idée de faciliter le mariage des veuves auxquels avaient intérêt à s'opposer les parents du premier mari. *Roth.*, 182. *Bai.*, 14, 6 et suiv. *Jydske Lov*, 1, 8. *Gragas*, II, 155, 162. Cf. *Sal.*, 72 *Cap. extr.*, 7, 8). D'ailleurs, le tit. du *reipus* resta étranger à la pratique. Cap. 819. Heusler, 2, 308. Post, 1, 185.

(3) Cf. Heusler, 2, 306 (étude successive des diverses lois barbares).

gaux aux enfants communs ; on le retrouvera plus tard dans la règle : *le douaire de la mère est propre héritage aux enfants* (1).

A° Le **morgengabe** fait retour au mari donateur, à raison de son caractère personnel (2), en cas de mort de la femme ou de répudiation pour juste cause ; si le mari meurt ou répudie la femme sans cause, celle-ci l'acquiert d'une façon définitive (3). — B° Le **pretium** appartient au mari (4), quand la femme prédécède ou est répudiée par une juste cause (5), sauf les droits des enfants communs, ce qui a pour effet de ne pas lui permettre d'aliéner ; quelquefois même on lui fait un devoir de le rendre durant sa vie, quand les enfants sont majeurs (6). En cas de

(1) Brunner, *Fr. r. Dos*, p. 568, ne voit dans les Capit. mérovingiens sur la dot et les deuxièmes noces qu'un emprunt au droit romain dans son dernier état (contrairement à ceux qui les considèrent comme l'expression du droit franc. Heusler, 2, 311) : A° *Mariage avec enfants*. La législation romaine avait fini par faire de la donation *ante nuptias* et de la dot un bien de famille ; le survivant des conjoints en avait la jouissance, mais sans pouvoir en disposer. Cod. Théod., 3, 8, 2, 3 ; Nov. Théod., II, 14, 1, 3 (secondes noces) ; Nov. Majorien, 6, 6, et Sévère, 1, cf. Int. de Nov. Th. II (même à défaut de secondes noces). Une Nov. de Valent. III, 34, 10, oblige même le veuf à restituer la moitié de la dot de la femme aux enfants dès qu'ils ont vingt ans. Ed. Théod., 54. Papien, 26, 2. *Wis.*, 4, 3, 3. C. Euric., 321. L. Sal., *Cap. extrav.*, 7, 8. — B° *Mariage sans enfants*. Le système du partage par moitié (Nov. Valent. III, 34, 8, cf. Mitteis, *Reichsr.*, p. 248, 252) se retrouve dans *Burg.*, 24, 2, et *Wis.*, 4, 2, 13. On peut y rattacher Sal., *Cap. extr.*, 7, 8 (la veuve a les deux tiers, mais à la condition d'abandonner ce que le droit allemand appelle plus tard le *Federwât* (lit et accessoires), et cette valeur semble constituer la différence entre 2/3 et 1/2. Cf. *F. Andec*, 1. Troya, *C. dipl. lang.*, n° 520. L'Edit de Chilpéric, c. 4, revint au partage par moitié entre le survivant et les parents de l'autre. Cf. *Bai.*, 14, 9. *Alam.*, 55. Ci-dessus, p. 20, t. II. Brunner, *op. cit.*, p. 568. Ces Capitulaires ne s'appliquent qu'à défaut de convention (*si per adfatimum antea non cromaverint*. Cf. Roz., n°s 245 et suiv.). Brandileone, *op. cit.*

(2) Ci-dessus, p. 666, t. II. Mais cf. Huber, 4, 355.

(3) *Alam.*, 56. Ci-contre. Sur la répudiation, Joly, Thèse, p. 148.

(4) Cependant la dot se partage entre le conjoint survivant et les parents du prédécédé, d'après les *Cap. extr.*, 7 et 8 de la l. Sal. et l'Ed. Chilp., 4. Ci-contre.

(5) *Burg.*, 34, 3. *Bai.*, 7, 14. *Wis.*, 3, 4, 3, 12. Cf. ci-dessus, p. 60, 65, t. II. Dans le droit de l'Inde, le don fait à la femme passe, à sa mort, à sa fille, si elle a des enfants, à son mari ou à son père, au cas contraire, en tenant compte des diverses formes du mariage. Dareste, *Et.*, 74.

(6) C'est ce que décident, pour le cas de secondes noces, les *Cap. extr.*, 7 et 8 de la l. Sal. : le veuf ou la veuve qui se remarient gardent la dot germanique, sans pouvoir la donner ou la vendre, le premier jusqu'à ce que les enfants aient la *perfecta aetas*, la seconde jusqu'à son décès. A défaut de secondes noces, le veuf ou la veuve vivront d'ordinaire avec leurs enfants et les biens seront confondus.

mort du mari, la veuve a le *pretium* (1), quelquefois en pleine propriété (2), plus souvent avec des droits limités dans l'intérêt des enfants communs ou des parents du mari, auxquels il fait retour à défaut d'enfants (3). Ces restrictions s'affirment en particulier lorsqu'elle quitte la maison conjugale pour revenir auprès de ses parents ou convoler à de secondes noces. La femme répudiée sans cause (4) est à peu près dans la même situation que la veuve. — C° Le sort de l'**apport de la femme** semblerait devoir être aisé à régler; il devrait appartenir dans tous les cas à la femme ou à ses héritiers (5). Mais le mari le

(1) *Burg.*, 69; 42 (droit de la veuve non remariée au tiers des biens du mari, mais pour sa vie seulement, en supposant qu'il n'y ait pas d'enfants; perte de ce droit en cas de secondes noces); 52. *Roth.*, 182, 184. *Aist.*, 5. *L. fam. S. Petri Worm.*, 1 (retour aux parents du mari à défaut d'enfants). Beyer, *Mittelrh Urk.*, I, 83.

(2) Systèmes divers dans les formules (et plus tard dans les Coutumes rel. au Douaire) : 1° libre propriété de la femme dans tous les cas (tu feras ce que tu voudras, tu laisseras à qui tu voudras); 2° propriété, s'il n'y a pas d'enfants; jouissance au cas contraire; 3° jouissance dans tous les cas. On n'aperçoit pas de différences frappantes entre les formules barbares et les formules romaines. Roz., n°s 219 et suiv. Heusler, 2, 307, soutient, en se basant sur les formules franques, Lindenbr , 7, et Bignon, 6, que la dot de la veuve était réservée aux enfants (*verfangen*). *Id.*, Ficker, 3, 378. Brunner, *Fest. f. Dernburg* (Berlin), pense, au contraire, qu'elle avait le droit de disposer de sa *tertia* ou dot, et que cette *tertia* en propriété se convertit ensuite en un douaire de moitié en jouissance. L. Sal.. *Cap. extr.*, 7, 8 (influence romaine, d'après Brunner; secondes noces seulement). Marculf., 2, 9, 17. *Andec.*, 34, 40, 54. Thévenin, n°s 53, 113, 176. *Cart. de Saint-Père de Chartres*, p, 88. *Wis.*, 4, 5, 2 (droit pour la femme de disposer d'un quart seulement, autrefois de la totalité). *Alam.*. 55, 56. *Burg.*, 24, 62 (partage). Ci-contre. Le traité d'Andelot, 587, n'est pas très probant à cause de son caractère de transaction à la suite d'un crime. Cf. cep. Lefebvre, 2, 428. Pertile, 3, 318. Brandileone, *op. cit.*

(3) Cf. ci-après, Douaire. Tacite. 18. Ci-contre, secondes noces, naissance d'enfants. L. Sal., *Cap. extr.*, 7 (la veuve qui se remarie ne peut aliéner la dot). Cod. Théod., 3, 8, 2, 3. Nov. Théod. II, 14, 1, 3 (Int.); Majorien, 6, 6; Sévère, 1. Cf. Nov. Just., 98, 1 et 2; 127, 3. *Alam.*, 55, 56 (arg. à contr. : *nunquam revertatur*). *Bai.*, 14, 6 (15, 7) : outre sa dot et son apport, la veuve a une part d'enfant sur les biens du mari, *usufructuario jure*, mais elle la perd si elle se remarie; à défaut d'enfants, la veuve prend la moitié de ces biens, les proches du mari l'autre moitié; mais si elle se remarie ou meurt, ses héritiers n'ont que sa dot et son apport; la moitié des biens du mari fait retour aux proches de celui-ci, la veuve qui vit dans la chasteté conserve les libéralités du mari, à défaut de descendants ou de proches. Cod. Eur., 322. *Wis.*, 4, 2, 14.

(4) *Bai.*, 7, 14. *Alam.*, 53. Grim., 6. *Wis.*, 3, 6. *Burg.*, 34, 4 (Int. Cod. Théod., 3, 16, 1). Cf. Greg. T., 10, 8; 9, 33. Ci-dessus, p. 66, t. II.

(5) C'est ce qui arrive d'après la l. Rib., 48, 49, à défaut d'*adfatimus*. L. Sal., *Cap. extr.*, 8. *Bai.*, 14, 9. *Burg.*, 24, 4. *Roth.*, 201.

gagne fréquemment, surtout quand il y a des enfants et qu'il ne se remarie pas; on se borne à limiter son droit de disposer (1). Dans le système communautaire des Burgondes, il reste confondu avec les biens du mari; ni la veuve ni ses héritiers n'y ont droit. Chez les Lombards, le *mundium* marital est assez énergique pour le faire conserver au mari survivant, même en présence d'enfants. Chez les Alamans, le mari le gagne pourvu qu'il soit né dans le mariage un enfant ayant assez vécu après la mort de sa mère pour ouvrir les yeux et voir le haut de la maison et les quatre murs (2). En général, le mari le gagne aussi quand il répudie sa femme pour une juste cause. Si la femme survit ou est répudiée sans cause, elle reprend son apport (3), qu'elle retourne auprès de ses parents ou qu'elle se remarie. En cas de divorce par consentement mutuel, les droits des époux sur leurs biens sont fixés par leur convention; mais, d'ordinaire, la femme recouvre seulement son apport (4).

7. — **Droit de la femme sur les conquêts.** — Outre les gains de survie constitués par le *pretium* et le *morgengabe*, la veuve prend une part des acquêts réalisés pendant le mariage (5), un

(1) Il en était ainsi sans doute chez les Francs. Cf. cep. Glasson, 3, 217.

(2) En droit lombard, au moins. Thévenin, n° 61. Cf. *Roth.*, 187, 188, 201, 130.

(3) *Roth.*, 182 : la veuve qui se remarie a le *morgengabe* et le *faderfium*; 184, si elle préfère vivre dans la maison paternelle, lors de la mort de son père, elle prélève le *morgengabe* et la *meta*, mais partage le *faderfium* avec ses sœurs comme le reste de la succession. *Alam.*, 55 : elle a *quidquid de sede paterna attulerit*, outre la dot légale en ce que *parentes ejus legitime plagitaverint*; preuve par serment avec cojureurs ou par duel; *Pactus*, 3, 2. Sal., *Cap. extr.*, 7, 8. *L. fam. S. P. Worm.*, 1. L. Hen. I, 70, 22. *TAC. Norm.*, 3. — *Burg.*, 14, 4 (ci-contre : interprétation qui refuse à la veuve sans enfants le droit à son apport).

(4) *Wis.*, 3, 6, *Pact. Alam.*, 3, 2. *Roth.*, 182. Thévenin, n° 82.

(5) Ni dans les *libelli dotis* ni dans les *Cap. extrav.* de la l. Salique il n'en est question. Faut-il supposer, avec Brunner, que la dot conventionnelle excluait à la fois la dot légale et le droit aux acquêts? — Cette part d'acquêts était-elle réservée aux enfants comme la dot? Cf. en sens négatif, Heusler, 2, 310. — Dans la communauté familiale burgonde, la femme semble avoir été comptée comme un membre de plus, et on lui a donné, par exemple, un tiers de l'hérédité du mari, quand elle lui survivait (t. 74). Le droit aux acquêts ressort assez naturellement de ce système communautaire. — On a voulu lui trouver une origine plus lointaine; le mot de Tacite, *Germ.*, 18, en parlant de la femme germaine, *laborum periculorumque socia*, annoncerait déjà la communauté de biens. Mais la vie commune ne saurait entraîner à elle seule la communauté de biens, sans quoi on n'aurait guère connu que ce régime matrimonial. En Norwège, les époux peuvent consti-

tiers chez les Francs, d'après la loi des Ripuaires (1) et un Capitulaire de 821, c. 9 (2), la moitié chez les Westphaliens, d'après la loi des Saxons (3); la loi des Wisigoths partage les acquêts entre les deux époux en proportion de leur fortune respective (4).

tuer une communauté d'acquêts dans laquelle la part de la femme n'est que d'un tiers. Dareste, Et., 325, 348 (Islande); *N. Et.*, 325 (Cambodge), 341 (Malgaches).

(1) *Gesta Dagoberti*, 46 : *tertia parte ex omnibus quae Dagobertus* († en 639) *adquisierat, postquam Nanthildem sibi sociaverat, ipsi reginae servata. Rib.*, 37 : *si per seriem scripturarum ei nihil contulerit (vir), si virum supervixerit, 50 sol. in dotem recipiat et tertiam partem de omni re quam simul conlaboraverint et quidquid ei in morgengeba traditum fuerat.* Quelques mss. portent *vel quidquid*. Schrœder, I, 94, en conclut à tort que la veuve a le choix entre le *morgengabe* et les acquêts. Cf. Heusler, 2, 313. Si l'on admet avec Brunner qu'il y a une dot légale du tiers, le mot *tertia* peut viser cette dot, et ce savant croit que c'est là son acceptation technique. Cf. Polypt. d'Irminon, 12, 3. Marculf., 2, 17. App. Marc., 40. *Andec.*, 45, 58. Lindenbr., 50. Greg. T., 8, 39; 7, 40. Thévenin, n° 53 (Pardessus, *Dipl.*, n° 179, a. 572; cf. Brunner, *Festg. f. Dernb.*, p. 45), 175 (a. 833? le fiancé donne à sa future un manse avec des esclaves, et en outre un tiers de ses meubles présents et à venir), 176 et 179 (un tiers de tous les biens présents et futurs), 174, n. 1 (dot de la moitié au lieu du tiers, vers 904). Schrœder, *Gütt.*, 1, 92. Krant, *Vormundsch.*, 2, 379. Cf. dans les Cout. postérieures, partage de la communauté dans la proportion de deux tiers au mari, un tiers à la femme (part de l'épée et part de la quenouille). Merlin, v° *Cout. de Ferrette*.

(2) Cap. 821, 9 (I, 301). En donnant à la veuve le tiers *collaborationis quam simul in beneficio conlaboraverunt*, le Capitulaire veut dire que le bénéfice ne sera pas lui-même traité comme un acquêt, à raison sans doute de son caractère personnel. Pour les autres acquisitions, *res quas* (maritus) *aliunde adduxit vel comparavit vel ei ab amicis conlatum est*, le Capitulaire les attribue sans préciser *tam ad orphanos quam ad uxores*, se référant au droit antérieur. Flodoard, *Hist. Rem.*, 85. Cap. Kiersy, 877, c. 5, 6. Sur la question, cf. Sandhaas, 121. Schrœder, *Güt.*, 1, 91. Heusler, 2, 310.

(3) *Sax.*, 47 : *Ostfalai et Angarii volunt, si femina filios genuerit, habeat dotem quam in nuptiis accepit, quamdiu vivat, filiis que dimittat. Si vero filii matre superstite moriuntur ipsaque post obierit, dotem proximi ejus in hereditatem accipiant. Si autem filios non habuerit, dos ad dantem, si virit, revertatur, si defunctus est, ad proximos heredes ejus. Apud Westfalaos, postquam mulier filios genuerit, ad dies suos dotem possideat. Post decessum ejus, dos ad dantem vel si deest, ad proximos heredes ejus revertatur.* 48 : *De eo quod vir et mulier simul conquisierint, mulier mediam portionem accipiat. Hoc apud Westfalaos. Apud Ostfalaos et Angarios, nihil accipiat, sed contenta sit dote sua.* Heusler, 2, 346. Brunner, *ZSS. GA*, 1895, 100. Haenel, *ZRG*, 1, 290. Stemann, *Güterr.* (Jutland), 1857.

(4) *Wis.*, 4, 2, 15, 16; 5, 2, 3 et 4. Zeumer, *N. Archiv.*, 26, 123. Brissaud, *Mélanges Couture*, 1901 (*La société d'acquêts entre époux dans les lois wisigothiques*). — Le C. Euric, 325, visait peut-être déjà en termes exprès la société d'acquêts entre époux; il la suppose dans son c. 323, en déclarant propres au mari certains acquêts, ce qui aurait été inutile en l'absence de

Dans ce droit aux acquêts, les uns ne voient qu'un gain de survie ; d'autres y trouvent la preuve de l'existence, dès l'époque barbare, d'une véritable communauté de biens entre époux (1). Alors que chez les Wisigoths, il y a plutôt acheminement vers la communauté que communauté proprement dite, car le droit aux acquêts ne passe pas aux héritiers de la femme prédécédée (2).

8. — **Droit postérieur.** — Les régimes de biens entre époux à l'époque féodale et monarchique sont très divers, mais peuvent se ramener à deux types principaux ; 1° *Régimes sans communauté*, en usage en Angleterre, en Normandie, dans une assez grande partie de l'Allemagne et de la Suisse, dans quelques régions de l'est de la France. Nous en rapprocherons le régime dotal romain des pays de droit écrit, de l'Italie et de l'Espagne. — 2° *Régimes de communauté :* telles sont la société d'acquêts de l'Espagne, du sud-ouest de la France, la communauté de meubles et d'acquêts de la France coutumière et de l'Allemagne, la communauté universelle d'une partie de l'Allemagne.

§ 2. — *Le douaire et les gains de survie* (3).

1. — **Le Douaire. Notions générales.** — On entend par là

société, et dans l'*Antiqua*, 5, 2, 3, réservant à l'époux donataire seul les biens donnés par le roi. La loi de Recceswind, 4, 2, 16, n'a donc pas introduit la communauté entre époux dans le droit wisigothique ; celle-ci existait déjà du temps d'Euric. Sur cette loi, notons ; *a*) qu'elle reconnaît aux héritiers des conjoints les mêmes droits qu'à ceux-ci sur leur part d'acquêts, il ne s'agit donc plus d'un gain de survie ; *b*) que la communauté conjugale s'explique par des raisons d'ordre pécuniaire plutôt que d'ordre moral, puisque la part de chaque conjoint est proportionnelle à sa fortune, et que les acquêts à la production desquels un des époux ne contribue pas appartiennent exclusivement à l'autre. Cf. *MGH, LL, Leges Visig.*, p. 183, 211.

(1) En ce sens, Brunner, *op. cit.* Heusler, 2, 310. Cf. Post, 2, 156. *Secus*, Glasson, 3, 213.

(2) La plupart des textes supposent, en effet, que la femme qui prend les acquêts survit au mari. *Rib.*, 37. Cependant on a argumenté en sens contraire des form. de Marculfe, 2, 7, 17, dans lesquelles la femme donne au mari survivant sa part d'acquêts, chose bien inutile si, par le seul effet de sa survie, elle lui appartenait. Mais il est difficile de tirer argument de cette clause, car elle a pour pendant une autre clause certainement inexacte : celle par laquelle le mari donne à sa femme survivante, non pas sa part dans les acquêts, ce que l'on aurait compris, mais tous les acquêts, ce qui ne se peut pas du moment où la femme en a un tiers. Cf. Ed. Chilp., 4. Thévenin, n° 57. *Andec.*, 51. Lindenbr., 13. Pithou, 38. *Cart. de Cluny*, I, 9, etc. Glasson, 3, 215 (pur effet de symétrie).

(3) Bibliographie. — *Tract. illustr. Jurisc.*, t. IX. Loisel, 136 et suiv.

cette partie des propres du mari (1) sur laquelle la veuve a un droit de jouissance, sa vie durant, et aussi ce droit de jouissance lui-même. On a déjà vu que le douaire fut le résultat de la fusion de la dot germanique et du *Morgengabe* (2). Il constitua, d'abord, une compensation donnée à la femme en retour de son apport (3), et, lorsque celui-ci était nul, un moyen de l'em-

Traités : Renusson, 1699. Pothier, 1770. Nordville, *Rem. s. les D.*, 1766. Biard, *D. en Normandie*, 1784. Ferrière et autres Comm. s. Paris, 247 et suiv. (bibl.). Bourjon, t. 1, p. 715, éd. 1770. Ragueau, Ferrière, Guyot, etc., *h. v°*. Argou, 3, 10. P. du Parc, 3, 31. P. de la Janès, II, 123. — Britz, 689, 846, 866.

Ginoulhiac, Laboulaye, Gide, *op. cit.* De Salvandy, *Gains de survie*, 1855. Boissonade, *Hist. des dr. du conjoint survivant*, 1874. Rimasson, *R. de lég.*, 1870. Buche, *NRH*, 1884, 651. Viollet, 776, 807. Glasson, 7, 393. Beaune, *Biens*, 519. Thèses, p. ex. Marie, 1890 (Normandie) ; cf. thèses portant sur les droits de la veuve, la quotité disponible entre époux, Dupuis, 1887. Delpech, 1897, etc. Ci-dessus, p. 613, 77, 673, t. II.

Stobbe, § 222, 223 (bibl.), 234, 241 et suiv. Schrœder, 728. Heusler, 143 et suiv. Huber, 4, 377. Stern, *Urspr. d. sächs. Leibz.*, 1896. Eckard, *ZfDR.*, 10, 437. — Pollock et M., 2, 412. Glasson, *Inst. Anglet.*, 2, 284 ; 3, 220 ; 4, 310 ; 5, 483 ; 6, 200. — Pertile, § 111. Salvioli, 345. Todaro d. Galia, *Dir. del conj. superst.*, 1884. Ciccaglione, *Patti nuziali* (Naples), 1881. — *Siete Part.*, 4, 11. *F. Réal*, 3, 2.

(1) Dos, *dotalicium*, *dotarium*, *doarium*, *vitalitium*, *vidualicium*, *viarium*. Du Cange, *h. v^is* Vivelotte, Ragueau, *h. v°* (douaire des roturiers dans Bout., 1, 97). Allemagne, Italie : *dotaticium* a pour synonymes des termes qui servent parfois aussi à désigner des institutions voisines du douaire. *Leibgeding*, contrat viager ; *Leibzucht*, *liftocht*, pension viagère ; *Witthum*, douaire ; *Widerlage*, *contrados*, ci-après, Augment de dot. Pertile, 3, 336 : *meta*, *quartisium*, *sponsaticium*, *donatio propter nuptias*, *antefactum*, *morgengabe*.

(2) Cf. ci-dessus, p. 721, t. II. La constitution du douaire précède le mariage et cependant *Au coucher gagne la femme son douaire* ; c'est un préjugé très répandu que le douaire est « le guerdon et récompense de la chasteté ». Pasquier, *Lettres*, 9, 1. Pertile, 3, 337. — Dans les pays allemands, le *Morgengabe* s'est maintenu souvent à côté de l'augment de dot ou *Widerlegung* et du douaire. Stobbe, 4, 108, 183. Huber, 4, 379. Heusler, 2, 374. *Sachensp.*, 1, 20 ; 3, 38. *Morgengabe* légal pour la noblesse saxonne. Tantôt il consiste dans de simples cadeaux, tantôt il constitue un douaire (Autriche) et tantôt enfin (sud de l'Allem., Suisse) il forme pour la femme un *Sondergut* (ci-après). *Schwabensp.*, 1, 18 (20) : *estreine*. Quelquefois le *Witthum* a aussi ce dernier caractère. Heusler, 2, 373.

(3) Si c'était exclusivement une récompense de la dot, les femmes non dotées n'y auraient pas droit. Loisel, 152. En Allemagne, on oppose le douaire proprement dit, *Witthum* ou *Widem*, à la contre-dot, *Widerlage* (ou augment de dot), dont le montant est en rapport avec celui de la dot et que la femme survivante gagne, comme le mari survivant gagne tout ou partie de la dot. Chaisemartin, *Prov.*, p 341 : *Femmes riches font enfants pauvres*. F. v. Wyss, p. 49. Stobbe, 4, 114 (distinctions). Heusler, 2, 370.

pêcher de tomber dans la misère (1). L'Église s'y montra favorable et la Coutume le rendit obligatoire à l'exemple du droit canon (2). Il paraissait d'autant plus nécessaire que la femme était dans une plus étroite dépendance de l'homme : ses droits de succession dans sa famille naturelle étaient souvent fort réduits, et le peu de biens qu'elle avait risquaient d'être dissipés durant le mariage dans l'intérêt du mari, car, à un moment donné, rien ne l'empêcha de les aliéner ou de s'obliger pour lui ; les revenus qu'ils produisaient ou les acquisitions qu'ils servaient à réaliser ne lui profitaient pas ou ne lui profitaient que dans une faible mesure sous l'ancien régime matrimonial exclusif de communauté. On voit par là dans quelle situation

Huber, 2, 375. L'augmentation du chiffre de la dot eut donc une grande importance en cette matière. Ci-dessus, p. 680, t. II; Obligation féodale, cf. t. I. En Italie, au commencement du quatorzième siècle, les dots se réduisaient presque au trousseau; elles s'élèvent bientôt et Dante put dire que la naissance d'une fille était une cause de ruine. En 1434, à Florence, création d'une assurance dotale (*monte dei doti*). Pertile, 3, 321.

(1) Il y a d'étroits rapports entre le douaire et le régime de biens entre époux, d'un côté, et les successions ou libéralités entre conjoints. — A° Ci-dessus, p. 613, t. II. *Add.* Lardy, *Législ. civiles des cantons suisses*, voy. les cartes à la fin du volume. L'idée d'un droit de succession entre époux était en opposition avec le principe : *Qui a mon sang a mon bien.* On arriva cependant à le reconnaître par suite de la ressemblance que présentent avec le droit de succession le douaire ou droit de communauté attribués au conjoint survivant. En Allemagne, la distinction n'est pas nette et on peut dire qu'en général le droit de succession y tient lieu de douaire légal. Stobbe, 4, 99. Huber, 4, 470. Heusler, 2, 421. Bien souvent le conjoint qui hérite apparaît plutôt comme un communiste qui sort de l'indivision, que comme un héritier proprement dit. En France, peut-être par suite de l'influence romaine, l'idée de succession se dégage mieux (cf. cep. Normandie). Rimasson, ci-après, rattache cependant le droit légal au droit de succession de l'époque barbare. Cf. sur le cas où le survivant recueille la succession du prédécédé en qualité d'héritier des enfants communs. *Jost.*, p. 212. *Sachsensp.*, 1, 33. *L. Alam.*, 95 (ci-dessus). Pollock et M., 2, 422 (copyholds). Lehr, *Dr. angl.*, p. 107. Ci-après, Communauté, Van Weter, *Dr. rom. et dr. celtique*, 1898, p. 48. *MGH. LL.*, 2, 37 (loi générale en l'a. 1019 attribuant au survivant, à défaut d'enfants, tous les biens du prédécédé; elle resta sans application). Cf. Douaire des enfants, *Verfangenschaft.* — B° Donations entre époux. Ci-contre, p. 674, t. II. Loisel, 149, 150 : *Don mutuel n'empêche pas douaire.* Pertile, 3, 344. Chaisemartin, p. 382 : *Chapeau avec le voile et voile avec le chapeau* (déposés sur l'autel), forme symbolique du don mutuel. Dévolution. Entravestissement. Ci-après, Thèses sur la communauté.

(2) X, 4, 20. *Jost.*, p. 216. Glanv., 6, 1. Compétence des officialités, ci-après. Rôle du Saint-Siège dans la querelle entre Jean sans Terre et la reine Bérangère au sujet du douaire que celle-ci réclamait. Rymer, *Acta*, 1, 152.

embarrassée pouvait se trouver une veuve âgée au décès de son mari. Le douaire était souvent son unique ressource. Il frappait d'inaliénabilité les biens du mari dans les pays de Coutumes comme le régime dotal rendait inaliénables les biens de la femme en pays de droit écrit. Le mari ne pouvait en disposer sans le consentement de la femme, et d'ailleurs, les propres ou biens de famille sur lesquels il portait, à défaut de convention contraire, étaient de ces choses dont on ne se dépouillait guère, même dans les cas où la Coutume le permettait. Telle était encore son importance au treizième siècle, que Beaumanoir lui consacre un chapitre entier de son ouvrage, tandis qu'il passe rapidement sur la communauté. L'institution rencontra quelque résistance du côté de la féodalité ; la femme n'était guère capable, en effet, de remplir les devoirs féodaux ; il fallut que la patrimonialité des fiefs fût pleinement acceptée pour que le douaire s'appliquât à cette catégorie de biens (1). Dans le dernier état de l'ancien droit, les jurisconsultes ont quelque peine à en justifier l'existence (2). Le régime de biens avait

(1) A l'origine, les fiefs ne pouvaient pas être grevés du douaire. *L. Feud.*, 1, 9, 1. *Sachsensp.*, 3, 75. Plus tard on le permit, mais avec des restrictions qui rappellent le droit primitif. Consentement du seigneur. Viollet, p. 779. *Douaire de la plus belle* en Angleterrre, c'est-à-dire douaire portant sur la plus belle des tenures roturières, tandis que les tenures en chevalerie pendant la minorité des enfants retournaient au seigneur; la suppression des tenures en chevalerie entraîna sa disparition. Littleton, 49. Blackstone, 2, 8. Les royaumes, grandes seigneuries, châteaux jurables et rendables ne furent pas sujets au douaire. Beaum., 13, 8, 19. Loisel, 136. Bourges, 59. *L. d. dr.*, 115. Amiens, 121. *M. de Souabe*, *Lehnr.*, 36, 104, 188. *Const. Neapol.*, 3, 13. Pertile, 3, 339. — Le droit de la famille et le droit d'aînesse se trouvèrent aussi en conflit avec le douaire. Poitou, 162. — Sur le douaire des reines, cf. Epoque royale, La Couronne, t. I (Bibl.). Isambert, *Table*, v° douaire. Ducoudray, *Orig. du Parl.*, p. 795. Maffert, *Apanages*, Thèse, 1900. Monteil, *Domaialité publique*, Th. 1902.

(2) *Jost.*, p. 219 : *ele* (la femme) *est de povre porvéance de sa vie* (c'est faux pour la veuve jeune, en bonne santé, qui a des biens personnels ; d'ailleurs, on pourrait en dire autant du mari âgé ou malade) ; *ele est serve au seignor* (saint Paul, *ad Ephes.*, V, 22 : *viris subditae*) ; *ele a dolor d'enfantement plus que sire n'a* (motif qu'il est difficile de prendre au sérieux, même en disant que le douaire est une récompense de la maternité). On cite souvent le mot de Beaumanoir, 13, 1 : au trépas du mari, les veuves demeurent *ébahies et déconfortées;* mais le jurisconsulte ne cherche pas à modifier le douaire par cette considération; il veut dire qu'on ne doit pas profiter de leur deuil pour les priver de leurs droits. Si le douaire ne servait qu'à assurer la subsistance de la veuve, celle qui aurait des ressources n'y pourrait pas prétendre. Cf. Viollet, *Et. de saint Louis*, 3, 267. S'il

changé; la communauté entre époux s'était généralisée, et le plus souvent il suffisait à la femme d'avoir sa part de communauté. Mais la communauté pouvait être mauvaise, le mari risquait d'abuser de ses pouvoirs pour la dissiper ou pour mal administrer les propres de sa femme. Le douaire paraît à ces dangers qui, d'ailleurs, allèrent en s'atténuant, à mesure que se développaient les garanties dans l'intérêt de la femme. Il était destiné à permettre à la veuve de vivre honorablement selon la condition de son mari, de garder son rang dans la société ; la veuve noble exclue de la succession paternelle y avait des droits tout particuliers. Enfin, plusieurs Coutumes y virent un moyen de conserver aux enfants les propres de leur père.

Si le douaire n'avait été, comme on le dit quelquefois, qu'un témoignage d'affection, il eût été naturel que le mari reçût un avantage correspondant; mais les Coutumes se refusèrent pour la plupart à le lui accorder, ce qui prouve bien que le douaire est issu d'une pensée d'intérêt plutôt que d'une pensée d'affection; il est vrai qu'à l'exemple du droit barbare, les usages de certaines provinces comme la Normandie, l'Anjou, le Maine, faisaient exception au droit commun et attribuaient au veuf la dot de la femme; la même Coutume existait outre-Manche sous le nom de **Courtoisie d'Angleterre** (1), et elle fait songer au *Contre-Augment* des pays de droit écrit.

devait payer les soins et les services de la femme, la réciprocité serait due au mari. Cf. cep. prov. allemand : *Douaire est le fief des femmes*, Chaisemartin, p. 335. *Norm.*, 376. Lefebvre, *La Cout. franç. du mariage au temps de saint Louis*, 1901.

(1) A Paris et dans diverses provinces du centre, Orléans, Anjou, Touraine, Maine, Poitou, le mari veuf gagnait, pour sa vie, la dot de sa femme, pourvu qu'il en eût eu un hoir mâle et qu'il se fût marié *cum virgine*. C'était là comme un contre-douaire. *Et. de saint Louis*, I, 13 (pourvu que l'enfant ait *crié et brait*). Bout., I, 45. *L. d. droiz*, § 415. Beautemps-Beaupré, *C. d'Anjou*, I, 189, AC. Picardie, 15. Il n'est question, dans ces textes, que du gentilhomme veuf. Cf. Guénois, *Conférence*, 602. Paris, 238 (préciput du conjoint noble). Midi : Charroux, 13. Limoges, 76. AC. Bayonne, 63, 81. Ci-après, Contre-augment. *Ass. d'Antioche*, I. Viollet, p. 808. Le dr. normand étendait ce droit de veuvage à tous les immeubles de la femme, mais il le subordonnait à la condition de ne pas se remarier. *Summa Norm.*, 119; cf. C. de 1583, 382. Delisle, n° 72 (a. 1210) : *quamdiu erit absque muliere*. Colin, *NRH*, 1892, 465. La Coutume d'Angleterre, plus libérale, plus *courtoise* que la Coutume normande, ne privait pas le veuf de ce droit en cas de secondes noces, pas plus d'ailleurs que les Cout. françaises. Glanv., 7, 18, 3. Bracton, f. 438. *Reg. Maj.*, 2, 57. *L. Burg.*, 44. Pollock et M., 2, 412. Littleton, 35 (Blackstone, 2, 8, 3. Sur le *libre banc, free bench*, du comté

Devenu moins utile (1), restreint par la jurisprudence, en usage surtout dans la classe noble, le douaire apparut sous la Révolution comme un débris de la féodalité, une entrave à la liberté des transaction, une complication dans le règlement des successions (2). La loi du 17 nivôse an II, art. 61, semble l'avoir aboli, ainsi que l'augment de dot et les autres gains de survie (3); et si l'on a pu discuter à ce sujet (4), il est bien sûr que le Code civil ne connaît plus de douaire légal (5).

2. — **Conditions d'existence du douaire** (6). — A° On distingue deux sortes de douaires : le *douaire conventionnel* (ou *préfix*) et le *douaire coutumier* (ou, comme nous dirions aujourd'hui, légal). Beaumanoir, dans un passage qui a soulevé beaucoup de discussions, 13, 12, attribue l'institution du **douaire coutumier** à une ord. de Philippe-Auguste, de l'a. 1214, qu'on n'a pas retrouvée : *La general coustume des douaires... la fame en porte la moitié de ce que li hons a au jour qu'il l'espouse, si commença par l'establissement le bon roi Phelippe, roi de France, liqueus y regnoit en l'an MCC et XIIII. Et cest establissement commanda il a tenir par toul le roiaume de France, essieutée la courone et plusieurs baronies tenues du roiaume, lesqueles ne se partissent pas a*

de Kent ou droit pour le survivant à la moitié des terres du prédécédé, cf. *Beisitz* allemand). — Sur l'origine de ce droit, cf. ci-dessus, p. 724, t. II. Brunner, *Forsch.*, 708; *ZSS, GA*, 1895, 96. Sa persistance s'explique, en dehors de la force de la tradition, par le désir de ne pas traiter le mari veuf autrement que la femme veuve. Cf. d'ailleurs, le droit de garde, au cas où les enfants vivent, ci-dessus, p. 116, 173, t. II.

(1) Lamoignon propose d'abolir tous les gains de survie légaux. *Arr.*, p. 269 et 464. Règl. de 1773 supprimant le douaire légal à Aoste.

(2) *Code civil interm.*, 2, 171; cf. 3, 155. Sagnac, p. 300 Aron, *NRH*, 1901, 601. Merlin, v° *Gains nupt.*, et *Quest. de dr.*, 7, § 3.

(3) Le douaire des enfants a été aboli sans aucun doute. D. 22 vent. an II, art. 49, et 9 fruct. an II, art. 24. Controv. sur le douaire de la femme. Schmitz, Thèse, 1900, p. 81.

(4) Sous le Code civil, donations par contrat de mariage, etc.

(5) Une loi du 9 mars 1891, rouvrant une évolution qui semblait close, a attribué des droits de succession au survivant des deux époux, riche ou pauvre, même en présence des enfants, alors qu'il aurait suffi d'une pension alimentaire au conjoint nécessiteux.

(6) *Textes*, P. de F., 21, 52. *Et. de saint Louis*, 1, 11 et suiv., 18, 20, 24, 166. *Jost.*, p. 217. Beaum., c. 13. *Ass. de Jérus.* J. d'Ibelin, c. 177; *C. des B.*, c. 170. Glanv., 6. *Reg. Maj.*, 2, 58. Britton, 101. *Fleta*, 5, 17. Littleton, 36. *TAC. Norm.*, 79; *Summa*, 101. *M. de Saxe*, 1, 21 et 32; 2, 21; 3, 74. *M. de Souabe*, 1, 20, 21 (éd. Matile *estreine*), 36. *Gr. C*, 2, 32. Bout., 1, 97. *Olim*, table, v° *Dotalitium*. Loisel, 136. Guénois, *Conf. des Cout.*, 602. *L. d. droiz*, n° 226 et suiv. Artois, 32.

moitié pour le douaire. ne n'en portent les dames en douaire, fors ce qui leur est convenancié en fesant le mariage. Et devant cest establissement du roi Phelippe, nule fame n'avoit douaire, fors tel comme il estoit convenancié au marier. Et bien apert que la coustume estoit tel anciennement, par une parole que li prestres fet dire à l'homme, quand il espouse, car il li dit : Du douaire qui est divisés entre mes amis et les tiens te deu. Il est hors de doute cependant qu'avant l'année 1214, le douaire coutumier n'était pas inconnu (1) : la *dos legitima* des lois barbares n'est pas autre chose et rien ne prouve qu'elle fut tombée en désuétude (2). Peut-être l'Ordonnance fut-elle rendue à propos des fiefs sur lesquels le douaire ne pouvait pas porter sans lèser les droits des seigneurs (3). En tout cas, l'Eglise et la Coutume faisaient au mari un devoir de

(1) Dans les Coutumiers anglais on note une évolution remarquable du douaire conventionnel au douaire légal. Ainsi, d'après Glanville, 6, 1, le mari est tenu de doter sa femme *ad ostium ecclesiae*; en la dotant, tantôt il désigne les biens qui sont l'objet de la dot (*dos nominata*), tantôt il ne s'explique pas sur la consistance du douaire, et alors la dot est *rationabilis*, elle comprend le tiers du libre tènement dont le mari est saisi lors du mariage. Vers le règne d'Edouard II, la femme a droit à la dot raisonnable, même si le mari n'a rien dit; la dot étant obligatoire, se sous-entend. Bracton, f. 12. Britton, 101. — En France, on se contentait souvent de promettre un douaire, ou bien on employait la formule rapportée par Beaumanoir, sans qu'aucun bien eût été affecté au douaire. Au dix-huitième siècle, certaines Coutumes françaises n'admettent que le douaire conventionnel (Marche, 288; La Rochelle, Yssoudun, Cambrai, Amiens, etc.). Peut-être le douaire légal n'y avait-il jamais été admis, peut-être avait-il cessé d'y être reconnu. D'autres distinguent entre la femme noble et la roturière. Ainsi, la Cout. de Saintonge, 76, n'accorde de douaire coutumier qu'aux femmes nobles; celles d'Anjou et du Maine le leur refusent quand elles sont héritières principales de leurs parents. D'après Rimasson, p. 493, le douaire coutumier ne serait qu'une transformation du droit de succession reconnu autrefois au conjoint, et qui se cumulait avec la dot conventionnelle.

(2) En sens contr., Rimasson, p. 496.

(3) Beaumanoir émet trois assertions, toutes trois discutables : a) Philippe-Auguste aurait créé le douaire coutumier. Mais il est certain qu'il a existé avant lui un douaire légal. On peut supposer, il est vrai, que ce douaire légal était tombé en désuétude dans l'Ile-de-France et les régions voisines. Cf. Rimasson, p. 496. *b*) L'Ord. de 1214 était faite pour tout le royaume. C'est bien peu vraisemblable, et en fait elle ne s'est pas appliquée en Normandie et dans les autres pays de droit anglais. *c*) Elle aurait imaginé la quotité de moitié. Mais les chartes établissent l'antériorité de cette quotité. L'Ord. de 1214 n'aurait-elle donc pas existé? Il est difficile de le croire, puisque P. de Fontaines, 21, 45, parle lui aussi de l'établissement du roi Philippe conférant aux dames veuves la saisine du douaire. Laboulaye conjecture que l'ordonnance fut rendue pour les fiefs qui échappaient

doter sa femme (1). Il était naturel qu'un douaire légal fut imposé à ceux qui s'étaient soustraits à cette obligation (par exemple dans les mariages que le prêtre n'avait pas bénis). Telle était la faveur du douaire que la femme ne pouvait pas renoncer au douaire légal par contrat de mariage (2); au dix-septième siècle, le douaire étant devenu moins nécessaire, on l'y autorise (3). Le **douaire prefix** excluait d'ailleurs le douaire légal (4); mais il est à remarquer qu'il était interdit de le constituer durant le mariage, de crainte qu'il ne servît à dissimuler des libéralités entre époux (5). — B° La **quotité** du douaire légal variait avec les Coutumes; il était, en général, de moitié, conformément à l'Ordonnance de 1214 (6); mais le douaire du tiers ou *douaire anglais* (7), — il serait plus exact de l'appeler douaire normand, — était aussi très répandu surtout dans les provinces de l'ouest (8). Le douaire conventionnel pouvait être inférieur au

au douaire, d'après les *L. Feud.*, 1, 9, 1. Le mot *dames*, l'exception concernant le royaume et les grandes seigneuries viennent à l'appui de cette conjecture. Blackstone, 2, 8. Brunner, *Festg. f. Dernb.*, Berlin, p. 41 et suiv., complétant cette explication, pense que Philippe-Auguste convertit en même temps le douaire du tiers en propriété en douaire de moitié en usufruit, l'usufruit étant seul admissible pour les fiefs. Bret., 199 : nul ne peut donner plus du tiers par héritage ou de moitié par usufruit. Cf. Glasson, 7, 396.

(1) Glanville, 6. — Dans la suite, le douaire est si bien regardé comme l'acquittement d'une obligation, qu'il ne donne pas lieu à l'insinuation et n'est pas soumis à la réduction pour atteinte à la légitime.

(2) Bout., 1, 97. *A fortiori* une renonciation générale durant le mariage serait illicite. Boissonade, p. 208. Cf. Loisel, 151. F. gén. de Navarre, 4, 1, 1.

(3) Laur. s. Paris, 247, constate qu'on a rompu avec une pratique de plusieurs siècles. L'abolition du sénatusconsulte Velléien, l'usage de restreindre le douaire coutumier en constituant un douaire préfix ont pu contribuer à ce résultat. Pothier, n° 2. Ricard, s. Paris, 247. Arr. janv. 1606.

(4) *Coul. not.*, 51. Desm., 175. Sauf dans certaines Coutumes où la veuve avait le choix. Jamont, *Thèse*, p. 80 (Bretagne). Pothier, n° 3.

(5) En général, Desm., 219. *Gr. C.*, 2, 32.

(6) Beaum., *loc. cit.*, Viollet, *Et. de saint Louis*, I, 138. *Coul. not.*, 59. *Olim*, 4, 346. AC. Artois, 32. Paris, 248. Le douaire de moitié semble plus fréquent chez les roturiers, le douaire du tiers chez les nobles (peut-être à cause du dr. d'ainesse). J. d'Ibelin, 179 : la veuve noble a la moitié des fiefs, la roturière tous les biens. *C. des Bourg.*, 186. Varin, *Arch. de Reims*, I, 609. — *Douaire sur douaire n'a lieu*, ci-après, Douaire des enfants.

(7) C'est-à-dire en usage en Angleterre; mais les Anglais eux-mêmes l'avaient emprunté aux Normands, et on a déjà vu que cette quotité se rencontre dès l'époque barbare. Cf. Ainesse : 2/3.

(8) *TAC. Norm.*, 3 (excepté le chef manoir); 5, 2; 79. Du Cange, v^is *Manerium, Mesnagium, Mesuagium*. Summa, 101 : un tiers sur les fiefs; moitié sur les bourgages. Bret., 336. Anjou, Maine, Touraine, etc. *Et. de saint*

douaire coutumier, mais non l'exceder, sauf pourtant à Paris, à Orléans et dans diverses provinces où il n'y avait pas de maximum (1). Égal ou inférieur, il l'excluait (2), et comme les Coutumes ne fixaient pas de minimum (3), le douaire de la veuve risquait d'être fort réduit par l'effet des conventions particulières; cela n'eut rien de choquant du jour où on lui permit de renoncer à son douaire par contrat de mariage. — C° **L'Assiette** du douaire coutumier est exclusivement le patrimoine propre du mari (4); les meubles et acquêts n'y sont pas sujets. On s'attendrait plutôt à la solution inverse, car les biens de famille auraient dû échapper, ce semble, aux droits de la femme. Mais sur les meubles et conquêts de mariage, ce droit se convertit en droit de communauté, ce qui avait l'avantage de laisser au mari la libre disposition de cette catégorie de biens (5). D'après l'ordonnance de 1214, le douaire ne portait que sur les propres dont le mari était investi lors du mariage (6); par là il eût été

Louis, 1, 17 : un tiers pour les nobles, la moitié pour les non nobles; 1, 137. Glanv., 12, 20. Gr. Charte de 1215, c. 8 : *assignetur ei pro dote sua tertia pars totius terrae mariti sui... nisi de minori dotata fuerit ad ostium ecclesiae.* Cf. Gr. Charte de 1217, c. 7. Bémont, *Chartes*, p. 50. On trouve aussi en Angleterre, à côté du douaire de la *common law* qui est du tiers, des douaires de moitié (socage, *gavelkind*) et même de la totalité des terres du mari. Quotité du tiers à Naples, en Sicile (Pertile, 3, 334, 337. Brünneck, p. 37), en Castille (*F. Viejo*, 5, 1). *Ass. de Jér.* Jacq. d'Ibelin, 71, 91; Geoff. le Tort. 16. Ficker, 3, 244.

(1) *TAC. Norm.*, 79, 2. Gr. Charte, 1215, 8. *Olim*, 4, 346. *Jost.*, p. 217, 219 : *l'en ne peut plus donner au doere que la costume done, mes l'en puet bien plus apeticier.* Const. Chât., 78. Loisel, 139. Desm., 137, 218, distingue : les roturiers peuvent dépasser la moitié, non les nobles. *Cout. not.*, 59. Norm., 371. Poitou, 259. Douaire *divis* en Bourgogne. Robin, *Thèse*, p. 165. — La tendance restrictive se fait jour dès l'époque barbare et est d'accord avec les droits de la famille. — Cf. Italie, Brandileone, *Arch. giur.*, 67, 2. Laurière, Lamoignon se plaignent qu'on constitue des douaires énormes.

(2) *TAC. Norm.*, 79. *Jost.*, p. 219. *Cout. not.*, 51. Desm., 175. Paris, 261. Loisel, 147, 151 : Troyes, Meaux, etc., option entre les deux douaires.

(3) Le droit anglais admit que la femme pourrait toujours réclamer son douaire légal du tiers. Littleton, 39, 41. Au treizième siècle il n'en était pas ainsi. Gr. Charte, c. 8.

(4) Fiefs ou rotures. Cf. ci-dessus, Bout., I, 98. Douaire subsidiaire sur les conquêts et les meubles d'après certaines Coutumes. Pothier, n° 17, 98. *TAC. Norm.*, 5, 4; 79, 2. *TAC. Bret.*, 30, 40. Orl., 221. Paris, 257.

(5) Survivances de l'ancien droit. J. d'Ibelin, 177 (douaire sur les acquêts).

(6) Glanville, 6, 1. Gr. Ch., 1215, c. 8; cf. Gr. Ch., 1217, 1224. Pollock et M., 2, 419. C'est là l'objet normal du douaire préfix, des *libelli dotis*.

trop restreint, car la plupart du temps le mari est trop jeune à ce moment pour avoir des propres; le douaire fut donc constitué sur les propres présents et futurs, suivant une pratique qu'on trouve dès l'époque barbare (1) ; fréquemment le père, en consentant au mariage, consentait aussi à affecter les biens de famille au douaire (2) ; on sous-entendit cet assentiment ou le fils procéda tout simplement par donations de biens présents et à venir. Ce que faisaient les conventions, la Coutume le fit aussi avec d'autant plus de facilité que le douaire coutumier était d'une quotité (3). Les propres venant des collatéraux ou des descendants furent seuls exceptés d'ordinaire de l'affectation au douaire (4). Même en tenant compte de cette restriction, on peut dire qu'un grand nombre d'immeubles se trouvaient frappés d'indisponibilité (5). Le sentiment des nécessités pratiques, joint au désir de ne pas soustraire les propres à la gestion des parents à qui ils appartenaient, conduisit souvent à substituer le douaire en argent, en particulier sous forme de rente, au douaire en nature (6). — D° *Au coucher gagne la femme son douaire*, disait-on jadis (7); la plupart des Coutumes du seizième siècle

(1) Thévenin, n°s 175, 176. D. Vaissette, Preuves, n° 502. — En ce sens, Beaum., 13, 13, et s.

(2) Douaire anglo-normand *ex assensu patris*. *TAC. Norm.*, p. 81. Viollet, *Et. de saint Louis*, t. 3, p. 276 (*id.* Touraine, Anjou, etc.). Loisel, 138. L'Hommeau, 3, 56. Ceci était surtout utile au cas où le fils mourait trop jeune pour avoir recueilli la succession de ses parents; sa veuve n'en avait pas moins un douaire sur la part héréditaire qui lui serait revenue. Poitou, 260 (Mi-douaire).

(4) *TAC. Norm.*, 79, cf. *Summa*, 101. Beaum., 13, 14. *Gr. C.*, 2, 32. Desm., 175, 215. *Cout. not.*, 51. Loisel, 137, attribue l'extension du douaire aux propres futurs à un avocat du quatorzième siècle, Eudes de Sens; mais dès 1268 les *Olim* la constatent. Paris, 248. — Les biens substitués étaient sujets au douaire à défaut d'autres. Ord. 1747, 45 et suiv. Pothier, n° 61.

(4) Bout., 1, 97. Beaum., 13, 13. Cf. ci-dessus, p. 102, 605, t. II.

(5) D'après les *Ass. de Jérus.*, J. d'Ibelin, 220, et dans les Cout. de Berry, de Bourbonnais (Pothier, n° 13), à Lincoln en Angleterre, etc., le douaire ne se prend que sur les biens dont le mari est saisi au moment de son décès. Les aliénations effectuées par le mari se trouvent donc inattaquables. Cf. Rimasson, p. 495. *AC. Anjou*, éd. B.-B., t. I, p. 517.

(6) En droit anglais, depuis Henri VIII, le système des *jointures* ou rentes en argent constituées sur un immeuble du mari s'est substitué presque complètement, dans la pratique, au douaire en nature qui avait l'inconvénient de rendre indisponibles les biens du mari. Blackstone, 2, 8. Lehr, p. 105. Chaisemartin, p. 340 : transformation fréquente, en Saxe, du douaire en rente viagère. Stobbe, 4, 114.

(7) Loisel, 140. Beaum., 13, 25. *Summa Norm.*, 101, *Jost.*, p. 219. Survi-

ont abandonné cette règle archaïque et n'exigent plus que le mariage ait été consommé ; on gagne le douaire par la seule bénédiction nuptiale (1). — E° La **déchéance** du douaire résulte de l'adultère de la femme, du fait qu'elle a abandonné son mari ou, en général, que la séparation d'habitation a été prononcée contre elle, ou encore de l'inconduite de la femme pendant l'an de deuil (2) : un second mariage oblige la douairière à donner caution, mais le douaire n'est pas perdu, sauf convention contraire (3).

3. — **Droits de la femme sur le douaire.** — A° *Pendant le mariage.* — Le douaire préfix portant sur des biens déterminés fut d'abord considéré comme la propriété de la femme (4) ; mais dans la théorie classique, le mari en conserve durant le mariage la propriété, l'administration et la jouissance ; à plus forte raison en est-il ainsi du douaire coutumier qui porte sur une quo-

vance dans la N. Cout. de Bret., 450, où l'on exige seulement que la femme ait mis son pied au lit. Buche, *NRH*, 1885, 653. Pothier, n° 147. Toulouse, 113 (*id.* pour l'augment). Littleton, 36 (la femme n'a droit au douaire que si elle a plus de neuf ans au décès du mari). Cf. ci-dessus, p. 20, t. II. Ci-après, point de départ de la communauté. La règle ancienne s'explique par les souvenirs du *Morgengabe*, ci-contre, p. 720, t. II ; 24 (*Beilager*). 23 (mariage parfait par la consommation). *Osculum. Ass. de Jérus. C. des B.*, 145 (reproduit Cod. Just., 5, 3, 16).

(1) Loisel, 140. Bret., 450. Laur. s. Paris, 248 (II, p. 295).

(2) *Au mal coucher la femme perd son douaire. Gr. C.*, 2, 32. Loisel, 174. Norm., 361. Bret., 450. Glanv., 6, 17. Blackst., 2, 8. Pothier, n° 257. Dumoulin s. Paris, 30. Loisel, 175. Pothier, n° 258 (arr. de 1571). *F. de Nav.*, t. de fuerzas, 4. Stobbe, 3, 116. — Anjou, 311 : malversation du douaire (c'est-à-dire abus de jouissance). — Quelques Coutumes, Tour., 337. Maine, 313, Anjou, 310. Bret., 208, regardent comme incompatibles les qualités de douairière et de légataire ou donataire ; à Paris, la femme peut avoir à la fois son douaire sur les propres et une donation de la part de conquêts de la communauté revenant à son mari. Ci-contre, p. 674, t. II. — Bourg., 38 : la répudiation de la communauté fait perdre le douaire. *Secus*, *AC.* (dans Giraud), art. 3.

(3) Fleury, 1, 385. Pothier, n° 263. Bret., 254 (la douairière épouse un valet). *Ass. de Jérus., C. des B.*, 167. Ci-dessus, p. 82, t. II. *Olim.* III, 1193, 3.

(4) Le mari fait tradition à la femme. Cf. Charte de 1069, dans Beugnot, *Ass. de Jérus.*, t. 2, p. 116 : je te donne la moitié de ce que je recueillerai dans l'hérédité de ma mère ; suit l'indication des biens ; *hec autem trado tibi sub attestatione carte hujus* (Verdun). Cf. Laur. s. Loisel, 155. P. de la Janès ; n°s 405, 409 : la clause ordinaire de dessaisine-saisine suffit. Allemagne : formalités de l'*Auflassung*, en général (ci-dessus, p. 331, t. II), mais dans les familles princières la simple convention suffit. Stobbe, 4. 115. — Cf. p. 665, t. II (retour).

tité, la moitié ou le tiers des biens du mari (1). Si celui-ci ne perd plus la propriété du douaire, il n'a qu'un droit de disposition limité ; il ne peut par aucun acte (2), à titre onéreux ou gratuit, priver la femme de son douaire (3). Quand il aliène les biens qui en sont grevés, l'aliénation, inattaquable pendant le mariage, n'est pas opposable à la femme lors de sa dissolution (4) ; de là il suit : *a)* que si le mari survit, comme il n'y a plus de douaire, l'acte est inattaquable ; *b)* que si le douaire est préfix, la femme survivante a le droit de revendiquer (5) le propre aliéné (6), sauf à l'acquéreur évincé à exercer une action en garantie contre les héritiers du mari : *c)* que si le douaire est coutumier, la femme survivante ne revendiquera les biens aliénés par le mari qu'à défaut de propres dans la succession ; l'héritier sera astreint à lui fournir d'abord son douaire sur les biens héréditaires. Il va de soi que ces solutions s'appliquent aux constitutions de droits réels aussi bien qu'aux aliénations proprement dites. Le mari dont le crédit se trouvait fort atteint par les droits de la femme et les tiers avec lesquels il traitait ne pouvaient manquer d'essayer de se prémunir contre le danger d'une éviction. Il y avait des cas où elle ne pouvait se produire, par exemple le cas de pauvreté jurée, car si les droits de la

(1) La femme pouvait tout au plus être envisagée comme copropriétaire pour moitié, pour tiers des biens du mari. Ci-après.

(2) *TAC. Norm.*, 4 ; 79, 12 : la confiscation des biens du mari entraîne la perte du douaire. *Secùs*, Loisel, 142 et suiv. L'Hommeau, 3, 55 : *pour le mesfait de l'homme, ne perd la femme son douaire.*

(3) *Jost.*, p. 169 : *li doeres ne puet estre encombriez.* Chaisemartin, p. 339. Rimasson, p. 158. L'inaliénabilité ou quasi-inaliénabilité du douaire fut une des causes de sa suppression. Cf. loi anglaise de 1833 (Lehr, p. 104) : le mari est autorisé à priver sa femme de son douaire, à moins qu'il ne se le soit interdit par contrat de mariage; les acquéreurs ou créanciers du mari sont, par suite, préférés à la veuve.

(4) Ce principe général n'a pas reçu partout la même organisation. Notre aperçu est donc schématique.

(5) Pendant combien de temps? Certaines Coutumes ne lui accordent qu'un délai d'an et jour. En général, elle a les délais ordinaires de prescription comptés à dater du décès du mari. Dumoulin, s. 119. Gr. Perche. Paris, 117. L'Hommeau, p. 482. Le décret ne purge pas le douaire. Ci-dessus, p. 557, t. II.

(6) Beaum., 13, 5 (cf. 21, 3) : après sa mort, l'héritage retourne à l'acquéreur. *Secùs*, si le douaire est propre aux enfants. *TAC. Norm.*, 79. *Summa*, 101. Blackstone, 2, 8. Glanv., 6, 3 : même solution, mais avec cette réserve que si la femme s'oppose à l'aliénation, elle perd son douaire; c'est qu'elle est tenue de ne pas contredire son mari. Ci-contre.

famille étaient anéantis dans cette hypothèse, à plus forte raison devait-il en être de même des droits de la femme (1). De tout temps, il semble qu'on ait validé les aliénations faites par le mari avec le consentement de la femme : on en trouve de nombreux exemples à l'époque barbare (2). Dans la période féodale les renonciations de la femme à ses droits sont autorisées (3), à condition qu'elles aient lieu sous serment (4) et, quand le douaire est préfix, à charge de remploi (5). Ceci n'allait pourtant pas sans difficulté, car il était à craindre que l'assentiment de la femme ne fût pas libre : si, durant le mariage, elle ne pouvait abandonner son douaire en bloc et d'un seul coup, elle risquait d'être amenée à le perdre en détail, par voie de renonciations successives, au fur et à mesure des aliénations faites par le mari. Au seizième siècle, le serment n'est plus en usage (6). Le remploi proprement dit a fait place à la récompense ou remploi légal (7) ; et finalement la garantie de la femme consista dans une hypothèque taisible (8). — B° *A la mort du mari*. Alors seulement le droit s'ouvre au profit de la femme, car il est de règle que *jamais mari ne paya douaire* (9).

(1) *Gr. C.*, 2, 32. Boutaric, *Actes du Parl.*, n° 7823. Autres cas d'aliénation nécessaire. Pothier, n° 84.

(2) Ci-contre, p. 724, t. II. Rimasson, p. 397. Cf. p. 741, n. 4.

(3) Beaum., 13, 5. *Olim.*, I, 735 (a. 1268) : renonciation expresse. *Jost.*, p. 169 (octroi de la femme). Bout., 1, 97. *L. d. droiz*, 849. *TAC. Norm.*, 4 (la renonciation de la femme ne lie pas). La femme écossaise renonce à son douaire sans formalités ; en droit anglais, on arrive indirectement au même résultat par les procédés des *fine* et recouvrements.

(4) *Et de saint Louis*, 1, 173. Artois, 33. Les autres textes n'en font pas mention. *TAC. Norm.*, 4 (forjurer). *TAC. Bret.*, 30, 40. *F. de Béarn.*, 272.

(5) *Et. de saint Louis*, 1. 173. Bout., 1, 97. Artois, 33.

(6) Ci-dessus, p. 451, t. II.

(7) Loisel, 151. Laurière constate que la renonciation est valable, même si la femme ne trouve pas dans la succession du mari d'autres biens pour se dédommager. Cf. renonciation au sénatusconsulte Velléien, Meynial, *NRH*, 1900.

(8) Loisel, 155. Rang, Pothier, n°s 193 (arr. de 1661 : après la dot, avant le remploi des propres), 343. Boissonnade, p. 178. L'hypothèque porte sur les biens héréditaires entre les mains des héritiers et sur les biens aliénés entre les mains des tiers acquéreurs. On fut conduit à l'hypothèque taisible par deux voies : a) système des rentes assignées sur un fonds ; *b*) actes notariés : Ci-dessus, Régime hypothécaire. Toulouse, 118 : *assignamenta pro necessariis, dotibus et dotaliciis*. Hypothèque analogue pour l'augment de dot, la femme ne pouvait pas y renoncer (cf. ci-après Régime dotal), tandis qu'il lui était permis de renoncer à l'hypothèque du douaire.

(9) Jusque-là le douaire est *égaré*. Loisel, 141, 172. Cependant en cas de

Loisel, 146, dit que le *douaire coutumier saisit* (1) ; *douaire préfix se devait demander en jugement, ce qui commence à se corriger quasi-partout* (2). Dans ce dernier cas, les biens sujets au douaire étaient connus d'avance. Au contraire, il y avait lieu de partager les propres du mari pour savoir quels étaient ceux sur lesquels portait le douaire coutumier (3) ; d'après certaines Coutumes, la *douairière lotit et l'héritier choisit* (4) ; d'autres donnent à la femme le choix des biens. — Le droit de la femme, en particulier sur le douaire conventionnel, consista d'abord en une véritable propriété, tantôt perpétuelle, tantôt viagère (5) ; celle-ci prévalut et se transforma, sous l'influence des théories romaines, en simple jouissance ou usufruit que l'on entendit, il est vrai, à raison de son origine, d'une façon large (6). Le douaire est

séparation de corps ou de bien, la femme a le droit de réclamer son douaire *en la vie de son baron. Ass. de Jérus., C. des B.*, 171. Viollet, p. 790. Pothier, n° 153. Fleury, *Inst.*, 1, 386. Au dix-septième siècle, la femme séparée de biens n'obtient qu'une pension, le *mi-douaire*. Ferrière, *h. v°*.

(1) Loisel, 141. Desm., 216. *Gr. C.*, 2, 33. Paris, *AC*, 140, 143 ; *NC*, 236. Fruits, arrérages, complainte. Pothier, n° 159. Stobbe, 4, 115.

(2) Compétence des Cours d'Eglise ; au treizième siècle, les tribunaux laïques sont compétents au possessoire, et au seizième il n'est plus question des justices ecclésiastiques. P. de F., 21, 52. *Olim.*, a. 1269, dans Boutaric, c. 1364. *TAC. Norm.*, 5, 7 : lenteurs des Cours ecclésiastiques par suite des appels successifs jusqu'au pape. Glanv., 6, 11, 14. Bout., 2, 1. Loisel, 146. Beaum., 11, 9. *L. d. dr.*, 421.

(3) Habitation, ci-après. Beaum., 13, 19.

(4) Beaum., 13, 8, 24. Bret., 31, 33. Loisel, 156 et suiv.

(5) Viollet, p. 777; *Et. de saint Louis*, 1, 132, 137. Propriété, d'après certaines Coutumes, par exemple Sens, 169; ou par voie de convention. P. de la Janès, n° 400. Douaire sans retour, Ferrière *h. v°*. Loisel, 148. *TAC. Norm.*, 6. La Cout. d'Aoste, 5, 7, 15, permettait à la femme de disposer de son douaire sans en rien laisser aux enfants, « laquelle coutume a semblé quelque peu dure. » Pertile, 3, 337. Stobbe, 4, 115. — La tendance générale, conforme à la conception générale de la donation, dut être de n'attribuer à la femme qu'une propriété limitée par le droit de retour au profit du donateur et de ses héritiers ; ce droit se fortifia quand la douairière n'eut qu'un usufruit, tandis que dans les donations ordinaires il disparut ou se réduisit à l'état de droit de succession. Brunner, *Forsch.*, 733. Cf. Rimasson, p. 403, 159 (infl. romaine).

(6) L'idée de propriété fait comprendre pourquoi la veuve eut d'abord les droits honorifiques attachés au fief (chasse, présentation aux bénéfices, etc.), prêta l'hommage, paya le relief (*Gr. C.*, 2, 27. Cf. bail, apanage, engagement), acquitta non seulement les charges ordinaires comme le sens, mais les charges extraordinaires telles que les tailles d'église. — Simple usufruitière, elle n'eut plus que des droits utiles, ne paya pas de relief (Paris, 40), dut fréquemment fournir caution. Cf. Pothier, n°s 53 et 230.

franc, dit-on (1) ; aussi la veuve n'a-t-elle pas à payer de relief (2) ; elle ne contribue pas aux dettes mobilières de la succession de son mari (3) ; enfin, dans beaucoup de Coutumes, elle ne donne pas de caution (4).

4. — Le **douaire des enfants** (5) n'est pas autre chose que le douaire de la mère (6) devenu pour les enfants (7) une *légitime coutumière* (8). Si la mère prédécède, les enfants sont douairiers à son lieu et place (9) ; mais leur droit ne s'ouvre qu'au décès du père ; jusque-là le douaire est indisponible entre ses

(1) La douairière doit emporter les fruits franchement et quittement. Beaum., 12, 2; 13, 7, 22 et suiv. Bracton, 2, 40, 4. Britton, 103. Stobbe, 3, 116.

(2) Loisel, 154. *Olim*, I, 419. Paris, 40. P. de la Janès, n° 402.

(3) Ci-dessus, p. 538, t. II. Beaum., 13, 9. *Olim*, I, 467, 1. *Const. du Chât.*, § 78 (éd. Mortet), note. Ci-après, Communauté. Renusson, c. 8.

(4) Loisel, 153 (elle entretient les lieux, paye les charges et rentes foncières ordinaires, mais non celles qui ont été constituées durant le mariage). Beaum., 30, 40. Desm., 187, 196. *Cout. not.*, 104. Paris, 252, 264. Pothier, n°s 53, 210.

(5) Pothier, n° 228 et suiv. Marchant, Thèse, 1899 (bibl.). R. Caillemer, *Mélanges Appleton*, 1903 (*Douaire des enfants*).

(6) Sauf quelques exceptions. Lebrun, *Succ.*, 2, 5.

(7) P. de Font., 34, 8. Boutaric, *Arr. du Parl.*, 15 mars 1326. *Jost.*, 10, 21; 12, 24; 12, 6; 8, 3. Beaum., 13, 2-18 (villenages seuls). *AC. Artois*, 35. *AC. Picardie*, p. 151, 154. *Gr. C.*, 2, 32. Desm., 175, 217, 283. *Cout. not.*, 82. Bout., I, 97 (note de Charondas). Guénois, *Conf. des Cout., loc. cit.* Paris, 248 et suiv. Ferrière, s. ces art. Loisel, 158. Marchant, p. 54, 61 (coutumes viagères).

(8) Expression de Loisel, 158. — Cf. *Verfangenchaft du droit allemand.* Stobbe, 4, 105 (bibl.). Entre les mains du conjoint survivant, les biens immobiliers du prédécédé forment avec les siens propres une masse inaliénable sans le consentement des enfants; ils sont *verfangen*, c'est-à-dire enchaînés au profit des enfants; en cas de secondes noces du conjoint survivant, ils sont réservés aux enfants du premier lit à l'exclusion de ceux des subséquents mariages. Cf. dévolution et entravestissement, ci-dessus, p. 598 et 676, t. II, et ci-après. La théorie de *Verfangenchaft* donne lieu à des controverses (résumées dans Stobbe, 4, 128). Au point de vue historique, on doit noter ses variations : l'époux survivant s'est trouvé d'abord à la tête d'une communauté, puis on a distingué ses biens de ceux du prédécédé, et on ne lui a donné sur ces derniers qu'une propriété viagère ou un usufruit. Cf. sur cette évolution, Heusler, 2, 457.

(9) Ce qui fait que *douaire sur douaire n'a lieu.* Loisel, 168. *Jost.*, p. 256. Beaum., 13, 2. 18. *Const. Chât.*, 26. *Gr. C.*, 2. 27. Dès lors, en cas de secondes noces, le douaire de la seconde femme est du quart, celui de la troisième du huitième, et ainsi de suite; en effet, il ne reste de libre au père qui se remarie que la moitié de ses propres, et le douaire étant de la moitié, il sera du quart (ou de la moitié de la moitié) du patrimoine propre, etc. Paris, 253. Artois, 35.

mains, plus indisponible même que celui de la femme, car elle peut y renoncer et les enfants ne le peuvent pas. Quand il meurt (1), les enfants ont le choix entre la succession paternelle et le douaire, car *nul ne peut être à la fois héritier et douairier.* S'ils acceptent la succession, le douaire ne se distingue pas de celle-ci : ils doivent acquitter les dettes du père et respecter les aliénations par lui faites. S'ils renoncent, ils sont autorisés à prendre le douaire franc et quitte des dettes paternelles et sans qu'on puisse leur opposer aucune aliénation ou constitution de droits réels ; ils sont tenus cependant d'imputer sur le douaire les libéralités qu'ils ont reçues, car nul ne peut être en même temps douairier et donataire ou légataire. Le douaire des enfants apparaît ainsi comme une réserve plus énergique (2) ; celle-ci, en effet, ne fait obstacle qu'aux libéralités testamentaires (3). Il se rattache aux institutions archaïques inspirées du vieil esprit communautaire (4). On s'explique sans trop de peine qu'elles aient réussi à se maintenir sur ce terrain jusqu'à la fin de l'Ancien Régime dans certaines Coutumes, comme celle de Paris,

(1) Cf., en droit romain, la règle *Dotis causa perpetua est.* L'aliénabilité du fonds total inspirée par la pensée de permettre à *la veuve* de se remarier fut détournée de ce but et servit à conserver les biens dotaux à la famille.

(2) La légitime et la réserve sont dues par le père et par la mère ; le douaire par le père seul. Le douaire porte sur les propres présents lors du mariage ou acquis plus tard, même s'ils sont aliénés à titre onéreux et non pas seulement s'ils sont donnés ou légués. Le douaire n'est chargé que des dettes antérieures au mariage ; au contraire, les dettes du mariage se payent sur la légitime et la réserve. Pour avoir le douaire, il faut renoncer à la qualité d'héritier. Les enfant peuvent être privés du douaire (et non de la légitime ou de la réserve) par une clause du contrat de mariage. Le douaire n'était pas soumis aux règles relatives au droit d'aînesse. Loisel, 163. Ces particularités s'expliquent par le fait que, dès le jour du mariage, le douaire est acquis aux enfants, comme si tradition en avait été faite ; ils l'obtiennent *jure contractus* et non *jure successionis.* P. de la Janès, 409.

(3) Le **tiers coutumier** de Normandie, introduit pour la première fois dans la Cout. de 1583, art. 399 et suiv. (voy. Basnage etc.), est une sorte de légitime, la seule, d'ailleurs, qui fut admise dans cette province, — que la Coutume accorde en propriété aux enfants sur certains biens de leur père et de leur mère, au cas où ils renoncent à leur succession et dont on ne peut les priver que par voie d'exhérédation. Ragueau, Guyot, *h. v°.*

(4) Ci-contre, p. 699, 722, t. II. A l'époque barbare, il n'est pas rare que la veuve ne puisse pas disposer de la dot maritale au préjudice des enfants ; en cas de secondes noces, il est interdit au mari survivant d'en disposer. *Secus, NRH,* 1884, 654. Peut-on dire aussi que le douaire en propriété passait naturellement aux enfants. Cf. ci-dessus, p. 665, t. II.

et qu'elles n'aient pourtant pas eu assez de force pour se généraliser et devenir le droit commun.

5. — **L'augment de dot** (1) est le douaire des pays de droit écrit (2). Même but et mêmes caractères (3), mais non même origine. La quotité de l'augment varie suivant les lieux; en général, il est proportionnel à la dot à laquelle il s'ajoute (4) et dont il *augmente* le montant (5). Tantôt il est égal à la dot *(double dot)* (6), tantôt à la moitié ou au tiers de celle-ci (7). Quoique les parties soient libres de fixer l'augment (8), il n'est pas d'usage que l'augment conventionnel dépasse l'augment coutumier. Il consiste, d'ordinaire, en un droit de propriété, s'il n'y a pas d'enfants, en un usufruit, s'il y en a (9). La mère qui ne se

(1) Ci-dessus, p. 718, t. II. Boucher d'Argis, *Tr. des gains nuptiaux*, 1738. Bretonnier, *Quest.*, *h. v°*. Henrys, t. IV. Ragueau, Ferrière, R. de Lacombe, Guyot, *h. v°*. Serres, *Inst.*, 3, 7, 3. Despeisses, *Tr. du mar.*, s. 4. Argou, 3, 10. Roussilhe, *Dot*, c. 20. — Boissonade, p. 279. Fons, *Acad. lég. Toulouse*, 1857, 115. Tardif, *Dr. privé au XIII^e siècle*, p. 84. Desdevises du Dézert, *op. cit.*, p. 809.

(2) Dénominations : *donatio propter nuptias*, *sponsalicium*, *augmentum*, *agenciamentum*, *osculum*. Ci-contre, p. 717, t. II. *Bord. AC*, 111. Cahors, 22. *Ass. de Jérus.*, *C. des B.*, 167. Toulouse, 113 et suiv. Angoumois, 47. Viollet, p. 810. *Arras*, en Espagne. *Sereix* (= accroissement) en Roussillon, Catalogne. B. d'Argis, p. 98 (gain conventionnel). Italie : *contrados*, cf. ἀντιφέρνη, *incontro*, *contrafatto*, *antefatto*. (*maximum*). Dr. allemand *Widerlage*, ci-contre.

(3) Boucher d'Argis, p. 25 (compar. avec le douaire). Effets pendant la vie du mari, Toulouse, 118, 153. Tonneins, 84. — Il y a des Coutumes où la veuve a à la fois l'augment et le douaire. En Navarre, la veuve noble a l'usufruit de tous les biens du mari, outre les *arras* et la 1/2 des acquêts.

(4) Avant Justinien, la donation anténuptiale était déjà en rapport avec la dot. Ci-dessus, p. 718, t. II. La corrélation fut beaucoup plus étroite depuis Justinien : *a*) on put la constituer pendant le mariage; *b*) le montant dut être égal à celui de la dot (Nov. 97); *c*) les immeubles furent inaliénables (Nov. 61); *d*) hypothèque sur les biens du mari; *e*) restitution anticipée si le mari devient insolvable. Girard, p. 957.

(5) Pas d'augment sans dot. *Petrus*, 1, 30. — Dans le testament (inédit) d'un simple ouvrier, Jean de Latour, 28 août 1348, il est reconnu que sa femme lui a apporté une dot de 8 livres et 10 sols, et cette somme a été assignée sur une terre déterminée; J. de Latour donne à sa femme, en accroissement de dot et à raison de ses agréables services dans son corps et dans ses biens, une somme de 70 sols. — Lézat, 49. Tonneins, 83. — Italie : Lattes, 240, 247.

(6) Bord., NC, 47, 49. Agen, 27, etc. Stobbe, 4, 185.

(7) Toulouse, Foix, Montauban, Albi, Comminges, Lézat, p. 97, etc.

(8) Roussilhe, *Dot*, 2, 141. Cahors, 22. Ci-contre p. 718, 747 et suiv., t. II.

(9) *Petrus*, 1, 33. Sur le droit Justinien, cf. Zachariae de Ling., p. 64 et suiv.

remarie pas acquiert en général la *virile* en propriété dans l'augment, c'est-à-dire une part virile par rapport au nombre des enfants qui succèdent (1). L'origine, très discutée autrefois (2), de l'augment paraît être dans la donation *ante nuptias* du droit théodosien qui n'a pas cessé d'être en usage dans le midi de la France (3). Sur deux points, il lui ressemble ; comme la donation anténuptiale, il ne peut pas être constitué durant le mariage ; comme celle-ci, il n'est pas nécessaire qu'il soit égal à la dot ; cette égalité, prescrite par le droit Justinien, ne fut acceptée que par quelques Coutumes exceptionnelles (4). L'usage méridional introduisit en certains lieux un augment conventionnel (5). Ils profitaient l'un et l'autre aux enfants, pourvu que la mère eût survécu, tandis que le douaire ne leur profitait que par exception et quoique la mère n'eût point survécu (6).

6. — **Bagues et joyaux** (7), autre gain de survie accordé à la veuve en pays de droit écrit et consistant originairement dans des objets donnés en nature par le mari à sa femme (8), puis

(1) Ci-dessus, p. 613, t. II. Boucher d'Argis, p. 194. Henrys, 4, 9, 56 et 111.

(2) Boucher d'Argis le rattache à l'*hypobolon* byzantin. Cf. Zachariae de Lingenthal, p 64 et suiv. Les croisés auraient rapporté cette institution de Constantinople. Mais la vérité est que l'*hypobolon* et l'augment ont une origine commune. Brandileone, *Don. propter nuptias*, 1892; *Studii s. svolg. d. rapporti patrimoniali fra conjugi in Italia*, *Arch. giur.*, 67, 2 (1901); *Ult. fase d. don. pr. n.* (s. d.). Esmein, *Le test. du mari et la don. ante nuptias* (*Mél.*, 1886); *NRH*, 1884, 1.

(3) Les contrats de mariage du Midi contiennent, dès le onzième siècle, des donations anténuptiales fréquemment associées à des constitutions de dot. Ex. dans D. Vaissete, 5, 738 (a. 1095). Bertrand, fils de Raimond de Saint-Gilles, donne à sa fiancée *in sponsaticio* les cités de Rodez, Cahors, Viviers, Avignon et Digne, chacune *cum comitatu et episcopio:* après le décès des époux, elles passeront à leurs enfants; à défaut d'enfants, la femme *survivante* aura le droit d'en disposer à son gré. En général, dans les autres actes, à défaut d'enfants, les biens font retour aux parents du mari, 5, 795, 888, 954, 1109, 1202; 8, 278 (a. 1171 : pas d'égalité entre la dot et la donation *propter nuptias*), 317, 394, 498. Pasquier, *Doc. rel. à Boussagues*, p. 26, 28. *Liber instr. memor.* (*Cartul. des Guillems de Montpellier*, 1884-6), p. 92, 263, 270, 349, etc.

(4) Petrus, 1, 30, 43, 51, veut aussi que la don. *propter nuptias* et la dot soient d'égale valeur. Bord., NC, 4, 47, 49. *Secus*, Montp., 75, 95. Alais, 17. *Liber instr. memor.*, *loc. cit.*

(5) Bord., NC, 47, 49. Boucher d'Argis, p. 29. Fons, *loc. cit.*

(6) Bretonnier, *Quest.*, t. 2, l. 4, 9, 1.

(7) Boucher d'Argis, p. 63. Guyot, *h. v°*. Argou, 3, 11.

(8) Cf. vieil usage des cadeaux de fiançailles. — Ci-contre, *Morgengabe*. —

en une part de ses biens, le 20e, le 10e de la dot, de manière à constituer une sorte d'appoint de l'augment (1).

7. — **Contre-augment** (2). — Au cas de prédécès de la femme, le mari reçoit tout ou partie de la dot, en propriété parfois, quand il n'y a pas d'enfants, en usufruit d'ordinaire et surtout en présence d'enfants (3). C'est ce qu'on appelle le *Contre-augment*, compensation équitable à l'acquisition de l'augment de dot par la veuve et survivance peut-être du gain de la dot par le mari dans la législation romaine.

8. — **Deuil et habitation** (4). — Le droit coutumier, d'accord avec les mœurs de l'époque barbare, donnait à la veuve l'habitation dans la maison du mari (5) et le deuil (c'est-à-dire les vêtements de deuil) (6). La veuve ne pouvait pas être expulsée du foyer conjugal, à l'origine, tant qu'elle ne se remariait pas. Mais, par la suite, ce droit se restreignit; la Coutume de Paris ne l'accorde que pendant le délai pour faire inventaire et délibérer : la veuve prenait alors sa nourriture et celle des domestiques sur les provisions de la communauté (7). Il était aussi

Aragon, *bentages forales* (habits, joyaux, le meilleur lit de la maison, une haquenée, deux bêtes de labour avec leur harnais). Catalogne, *regalos de boda*. — Cf. paraphernaux de la femme anglaise. Lehr, p. 103 (bijoux remis à la femme pour qu'elle les porte en vue de tenir son rang dans le monde ; fréquemment elle n'en acquiert pas la propriété; ce sont des bijoux de famille). — A Rome, Labéon lègue à sa femme Neratia le *mundus muliebris* et les *ornamenta muliebria*. Dig., *de leg.*, 32, 32, 6.

(1) Tantôt les bagues et joyaux sont de plein droit (Lyonnais), tantôt ils doivent être stipulés par contrat de mariage (Provence, Grenoble, Bord., Toulouse). Ils se retrouvent à Metz.

(2) Ci-dessus, actes méridionaux dans D. Vaissette, 5, 895, etc. Toulouse, 88, 92, 114, 115. *Tornadotz*, Fors et Cost. de Béarn, r. *de marit.* Bord. *AC.*, 104. Ducros. *Réfl. s. la Cout. d'Agen*, 246.

(3) Les Coutumes méridionales varient beaucoup. Nov. 53, 6; 117, 5. Cod. Just., 6, 18. *Petrus*, 1, 33. B. d'Argis, Roussilhe, etc.

(4) Pothier, *Tr. du dr. d'habitation*, 1771. Boucher d'Argis, 63, 101. Argou, 3, 11. C. civ., 1465, 1481, 1492, 1570.

(5) *Et. de saint Louis*, 1, 16. Cf. dans le droit musulman, la période de retraite légale (*idda*), Joly, Thèse, p. 176.

(6) Loisel, 135. Usage romain : *mulier non debet suis sumptibus lugere maritum*. La veuve anglaise n'a pas droit au deuil. Lehr, p. 107 (*secùs* Ecosse). C. civ., 1481.

(7) *Quarantaine* de la veuve en Angleterre (Gr. Charte, 1215, c. 7. Bracton, f. 96). *Free Bench* du comité de Kent, ci-contre. *Trentaine* du droit allemand, et souvent pendant ce délai la veuve a le *Musstheil*, c'est-à-dire la moitié des provisions de bouche trouvées dans la maison au décès du mari. Schrœder, 309. Heusler, 2, 298, 326, 342. Pertile, 3, 341.

d'usage dans les pays de Coutumes qu'elle retirât des meubles de la communauté quelques menus objets à son usage personnel (*linges et hardes*) (1). — En pays de droit écrit, elle n'avait pas droit à l'habitation, à moins de convention spéciale (2). Mais le deuil lui était dû, ainsi que la nourriture (*necessaria, vestitus et victus*) pendant l'année accordée aux héritiers du mari pour la restitution de la dot (sauf à ne pas exiger les intérêts de la dot), si elle n'avait pas apporté de dot, elle recevait pendant cette année une pension dite *viduelle* (3).

§ 3. — *Régimes sans communauté.*

1. — **Régime anglais** (4). — A° La **Common law**, sous sa forme classique, telle qu'elle apparaît dans Blackstone, avec cette logique à outrance qui ne recule pas devant l'absurde, semble organiser tout le régime de biens entre époux en fonction de l'incapacité de la femme mariée. Durant le mariage, la femme n'est rien et n'a rien. Sa personalité est absorbée dans celle du mari : *vir et uxor sunt quasi unica persona*, disait déjà Bracton, en se référant au mot de l'Ecriture : *erunt duo in carne una* (5). Le mariage est pour la femme une sorte de mort civile ; elle ne peut pas contracter avec son mari, puisqu'ils ne font qu'un ; les donations entre époux sont radicalement impossibles (6) ; les conventions conclues entre eux avant le mariage

(1) Beaumanoir, 13, 21, permet à la veuve d'emporter tant seulement sa robe de chaque jour et le lit tel comme elle l'avait accoutumé pour son gésir. Boucher d'Argis, 81. — Roisin, p. 154. Lagrèze, *Dr. dans Pyr.*, p. 127. Tours, 293.

(2) *Insistance*, Toulouse, 119 et suiv. *Tenute* en Roussillon. B. d'Argis, 93. *Des dev. du Déz.*, p. 822. *F. de Béar.*, 2. *De marit*, 3.

(3) Toulouse, 119 et suiv. *Decis, Cap. Tol.*, 9, 337. R. de Lacombe, v° Augment, n° 24 (habitation jusqu'au payement de l'augment). Roussilhe, n° 625.

(4) Blackstone, 1, 7 et 2. 29. Pollock et M., 2, 397. Glasson, *Inst. Angl.*, 2, 284; 4, 308 ; 6, 187. Lehr, p. 70. Bertheau, Thèse, 1902.

(5) Bracton, f° 429 b : *res quae petitur non capit divisionem, sicut inter virum et uxorem qui sunt quasi unica persona, quia caro una et sanguis unus. Res tamen propria uxoris, et vir ejus custos, cum sit caput mulieris et in quo casu non respondebitur viro sine uxore nec e contrario.* Cf. f. 414 (femme), *sub virga, viri sui.* Littleton, n° 168. Glanv., 6, 3 : *ipsa mulier et omnes res mulieris plene intelliguntur esse in dispositione viri sui.* Quoniam Attach., 22. *L. Burg.*, 131.

(6) Cf. *Reg. Maj.*, 2. 15. Bracton, f° 29. Mais le mari peut tester au profit

sont anéanties par le fait de sa célébration. La femme ne peut pas davantage traiter avec des tiers, ni ester en justice, ni faire son testament (1). Le mari n'a pas à l'autoriser, puisqu'elle n'existe pas en tant que personne (2); c'est lui qui agit, qui contracte, qui plaide; on l'aurait sans doute chargé de faire le testament de sa femme, si on avait vu là un acte religieux, relevant de la seule conscience.

Il y a quelque exagération dans ces formules, même à ne considérer que l'état définitif de la *Common law* et surtout si on se place à l'époque de sa formation. Au treizième siècle, le mari et la femme agissent conjointement, en justice et extrajudiciairement, quand il s'agit des terres de la femme; si on procède à leur aliénation, on interroge la femme à part pour savoir si son consentement est libre; on voit donc que sa personnalité n'est pas anéantie : elle doit obéissance à son mari, *non potest contradicere viro, quia vir caput mulieris;* le mari a sur elle un droit comparable à la garde du mineur. En vertu de ce droit, il acquier les meubles (biens personnels) de la femme à la charge de payer ses dettes et il obtient l'administration et la jouissance de ses terres (*real property*). C'est en ce sens qu'il faut entendre le passage de Bracton : *omnia quae sunt uxoris sunt ipsius mariti* (3). De cette unité de patrimoine et des droits respectifs des époux au décès de l'un deux aurait pu se dégager peut-être le régime de la communauté conjugale (4). Mais les germes de

de sa femme, puisque la libéralité est faite pour une époque où le mariage n'existera plus.

(1) Glanv., 7, 5, 3; la femme ne peut pas tester sans l'autorisation du mari, mais c'est un devoir pour celui-ci (*pium et valde honestum*) de la laisser disposer du tiers des meubles, et la plupart des maris le font; ceci se comprend d'autant mieux qu'en cas de prédécès du mari, la masse mobilière se divise en trois parts : une pour le mort, une pour sa femme, une pour ses héritiers. Les documents privés confirment cette assertion. Cf. aussi Bracton, f. 60b. Si la femme meurt sans avoir testé, une partie des meubles est employée en bonnes œuvres pour le salut de son âme par les soins de l'Eglise. C'est donc l'Eglise qui réclame la part de la femme et non ses héritiers, comme cela serait arrivé sous le régime de communauté.

(2) La femme peut contracter, en qualité d'agent de son mari, pour se procurer les choses nécessaires au ménage. Pollock et M., 2, 432.

(3) Bracton, f° 32.

(4) Pollock et M., 2, 432, citent un vieil acte ainsi conçu : « *Sic utriusque conjugis bona confunduntur, ut quivis eorum totius patrimonii in solidum dominus sit.* Les deux époux seraient *tenants by entireties*. Cf. Blackstone, 2, 12. On aliène au mari et à la femme et à leurs hoirs, on paye au mari et à la femme le prix de la terre de celle-ci, à la suite du *fine*, le

cette institution avortèrent en Angleterre aussi bien qu'en Normandie. Le droit s'orienta vers la séparation de biens. Un fait particulier accentua les tendances en ce sens de l'ancienne législation, je veux dire la double compétence des Cours d'église et des tribunaux séculiers. Les premières ne trouvant la communauté ni dans le droit romain, ni dans le droit canon, furent frappées du fait que la femme n'avait pas de propriété mobilière durant le mariage ; les Cours séculières maintinrent une séparation tranchée entre le patrimoine immobilier de chaque époux afin de le conserver à leur famille. — En fin de compte, les meubles corporels de la femme appartiennent au mari ; il a le droit d'en prendre possession et pourvu qu'il l'ait d'en disposer, comme de ses biens propres, entre vifs ou par testament ; ils sont compris dans sa succession *ab intestat* (1). Les produits du travail de la femme ne sont pas exceptés de cette règle. La prise de possession a une importance particulière pour les chattels réels ou les choses en action, dont le sort se trouve être, par suite, un peu différent de celui des meubles corporels (2). — Quant aux immeubles de la femme (3), le mari acquiert sur eux un *estate* pour la durée du mariage, ou même pour sa vie entière, en cas de naissance d'un enfant (*courtoisie*

mari et la femme comparaissent en justice à l'occasion de la terre de la femme, etc. Littleton, 667 et suiv. D'ailleurs, la communauté ne se distingue pas toujours facilement. On admet d'ordinaire qu'elle est très ancienne en Ecosse, et cependant Fraser a soutenu, *Husband and Wife*, 1876, p. 648, que c'était une importation française de date récente. Cf. ci-après. Allemagne. D'Olivrecrona, p. 68.

(1) Cf. cep. ci-contre, droit de la femme au tiers des meubles ou à la moitié à défaut d'enfants. Mais cette règle ancienne disparut de la *common law*. Pollock et M., 2, 346. Cf. *Anc. Us. d'Anjou*, éd. Marnier, § 75.

(2) A° *Chattels réels* (ci-dessus, p. 145, t. II) ; le mari peut en disposer, mais seulement entre vifs ; s'il meurt sans l'avoir fait, ils appartiennent à la femme ; si le mari survit, ils sont à lui. B° *Choses en action*. Le mari touche les créances ou poursuit les débiteurs ; il acquiert par là ces biens. S'il ne l'a pas fait, comme la femme n'a pas été dessaisie, elle les retient. Le mari survivant ne peut pas poursuivre les débiteurs de la femme en qualité de mari, mais il peut le faire en qualité d'administrateur de l'*estate* de la femme.

(3) Sur le *maritagium*, cf. Glanv., 7, 18. *Reg. Maj.*, 2, 18 ; 2, 28 et suiv. ; 2, 48 et suiv. ; 2, 57 ; 3, 17. *Quoniam Attach.*, 20, 91 et suiv. *Stat. Alex.*, II, 22. *Fleta*, 1, 13 ; 3, 11. Britton, 67. Bracton, f° 22, 88. Littleton, 265 et suiv. Glasson. *Inst. Angl.*, 6, 185 : « Les filles ne reçoivent presque jamais de dot de leurs parents et, comme leurs droits sont fort limités dans les successions, il résulte de là que toute la richeses est réservée aux hommes. »

d'Angleterre). Il lui est loisible de disposer de cet *estate*, mais il ne pourrait conférer à des tiers des droits plus étendus que ceux qu'il a lui-même ; *bien de femme ne peut se perdre*, ainsi que l'exige l'intérêt de la famille ; l'unique moyen de l'aliéner est le *fine* avec intervention et consentement des deux époux (1). — Si l'on veut se faire une idée complète du régime anglais, il faut se rappeler que la femme a un *douaire* du tiers, ce qui met le mari dans l'impossibilité de disposer de ses terres durant le mariage, sauf par voie de *fine* et avec le consentement de sa femme. Elle a encore droit à des *épingles*, pension annuelle qu'il est d'usage que son mari lui promette, et à des *paraphernaux*, bijoux et objets de toilette (sans compter la garde-robe qui lui est nécessaire) (2).

B° La jurisprudence des **Cours d'équité** autorisa la femme à se réserver comme propres certains biens (*separate estate*) en les confiant à des *trustees* ou fiduciaires (3) ; par rapport à ces biens, elle a la même capacité que la femme non mariée (*feme sole*), la *liege poustie* (*ligia potestas*) de la veuve. *At law*, la femme est *covert de baron* (4), n'a pas de biens à elle : en équité, elle devient indépendante du mari grâce à l'intervention des *trustees* et dans la mesure de son *separate estate* (5). C'est la femme dotale et la femme paraphernale du droit romain qui se dissocient complètement par suite de la présence de fiduciaires étrangers au mari. Solution d'une élégance discutable que ce ménage à trois, mais on ne trouva pas d'autre expédient pour soustraire à la puissance maritale la femme dont la fortune personnelle était considérable. Les motifs qui le justifiaient firent même, avec le temps, reconnaître à la femme le droit d'exiger un *separate estate* indépendamment de toute convention (*equity to a settlement*) (6).

(1) Ci-dessus, p. 348, t. II. Glanv., 8. — Gide, p. 253.

(2) Le mari a le droit de disposer entre vifs (mais non par testament) des bagues et joyaux de sa femme et ceux-ci sont le gage de ses créanciers. Cf. *Quoniam Attach.*, 21, 38. *Fleta*, 5, 17.

(3) Pollock et M., 2, 430 (origine de ces fidéicommis). Cf. *Sondergut* de la femme allemande.

(4) Du Cange, v° *Cooperire*. Pollock et M., 2, 404.

(5) Cf. ci-dessous, *uses*, p. 385, t. II. Les Cours de chancellerie reconnurent aux femmes mariées la qualité de *cestuy qui use*.

(6) Un *settlement* est, en général, un acte par lequel on fixe la destination d'un bien. La Cour de chancellerie n'intervint d'abord au profit de la femme que lorsque le mari s'adressait à elle, par exemple afin d'obtenir la

C° **Act du 10 août 1882.** Cette jurisprudence a été complétée et généralisée par une loi de 1882 proclamant l'émancipation civile de la femme mariée. Cette loi a pris le contre-pied de la *common law*. Tous les biens de la femme sont réputés paraphernaux sauf convention contraire. La femme est pleinement capable d'agir seule en justice ou extrajudiciairement. Elle n'a à contribuer aux charges du mariage que si le mari ou les enfants sont indigents. La vie commune des époux n'est accompagnée d'aucune communauté d'intérêts, en dehors de celle qu'ils veulent bien établir et qu'ils peuvent faire cesser à leur gré. Séparation de biens et égalité des époux, telle est la formule libérale à laquelle a abouti le droit anglais, après être parti de l'asservissement le plus strict de la femme au mari (1).

2. — **Régime normand** (2). — *Incapacité de la femme mariée* (3). Le droit normand (4) a eu le même point de départ que

possession d'un bien de la femme ; elle appliqua la règle : Qui se réclame de l'équité doit commencer par la respecter lui-même : la Cour n'accordait son aide au mari que s'il constituait un *settlement* à sa femme, comme le voulait l'équité.

(1) Barclay, *Bull. Soc. lég. comp.*, XII, 443. Esmein, sur Gide, p. 259. Bertheau, p. 312.

(2) *Sources*, Cf. t. I. Rappelons que nous désignons le *Très Ancien Coutumier* par l'abréviation *TAC.*; le *Grand Coutumier* (ou *Summa*) par *GC.*; la Coutume de 1583, par *NC.* (*Nouvelle Coutume*). *Placités* ou articles placités, règlements émis par le Parlement de Rouen et approuvés par le roi en 1666. B. de Richeb., 4, 154. Viollet, *Cout. de Normandie*, dans *Mém. Acad. Inscr.*, 1903.

Bibliographie. — Camus et Dupin, n° 1263. De Rozière, *Rhdr.*, 1867, 66. Cauvet, *R. de lég.*, 1847, t. 29, p. 129. Le Poittevin, *NRH.*, 1888, 257. A. Colin, *NRH.*, 1892, 427 (bibl.). Thèses : Lemonnier, 1895 ; Vrac, 1874; Coupigny, 1899; Lagouelle, 1902. Gombeaux, *Orig. du dr. normand*, Mém. (ms.) cour. par la Fac. de droit de Caen, 1898-99. Ollier, *Th.*, p. 96. Glasson, 7, 381.

(3) Cf. ci-dessus, p. 87, t. II.

(4) **Origines du droit normand**. L'originalité de cette législation, son caractère archaïque et conservateur s'expliquent, croyons-nous, d'une façon assez simple. Le droit de la Neustrie ne différait pas sensiblement de celui des provinces voisines ; il était germanique dans ses grands traits ; mais au lieu de se transformer comme ailleurs, il subit un arrêt de développement par suite de la recrudescence de barbarie qu'amena l'établissement des Normands et de la rudesse de leurs mœurs. Il se trouva ainsi en retard sur les Coutumes françaises, et l'on n'a pas de peine à comprendre qu'il ait eu une évolution particulière. D'ailleurs, il perdit une partie de son originalité (surtout à partir de 1583) par suite de diverses causes, comme l'influence du droit romain, l'unité politique. — Systèmes divers. 1° *Origines romaines*. Cf. anciens auteurs, notamment Tanneguy Sorin, *De Cuirit. Normann.*, 1567 et *De consuet. Norm.*, 1568. Cédant à un travers fréquent à

le droit anglais. « *Dès ce que la femme est en la pooste de son mary.* » dit le *Grand Cout. de Norm.*, ch. 100, « *il peut faire à sa volonté de elle* (1) *et de ses choses et de son héritage; elle ne peut estre ouye tant qu'il vive en derrière de luy* (2). » L'incapacité absolue de la femme mariée, telle qu'elle résulte de cette formule (3), souffre de bonne heure des exceptions et s'atténue, surtout au seizième siècle; il est des cas où la femme peut ester en justice, même malgré son mari, par exemple quand elle a reçu une injure (4); quand l'aliénation de sa dot devint licite, elle dut y participer, et avec l'autorisation maritale, il lui fut loisible de s'obliger dans les cas exceptionnels où l'on permettait même anciennement d'aliéner la dot (tirer le mari de prison, etc.) (5). Si la primitive incapacité ne s'est pas main-

une époque sans critique, les partisans de cette thèse veulent retrouver toutes les institutions normandes à Rome. En réalité, il y a de remarquables analogies entre le droit normand et le droit romain : formalisme de la procédure, brefs normands et formules romaines, rôle des cautions dans la procédure, pas de représentation en justice, *cognitor* et attourné constitués en présence de l'adversaire et en termes sacramentels, etc. Ces concordances tiennent à des similitudes dans l'état de la civilisation et dans l'esprit national (cf. les Romains primitifs et les paysans normands). Sur le régime dotal et l'incapacité velléienne, cf. ci-après. — 2° *Orig. scandinaves.* Laferrière, *Hist. du dr. fr.*, V. 625 et *Rev. crit.*, 12, 6. Il y a d'incontestables ressemblances entre le droit scandinave et le droit germanique. Mais on ne constate pas de filiation directe entre les institutions normandes et les institutions scandinaves. Les Chroniques rapportent que Rollon laissa aux Neustriens leurs vieux usages; il eût été difficile à ce chef de bande de leur imposer les lois grossières des aventuriers qui l'accompagnaient et qui ne tardèrent pas à se fondre avec la population vaincue (sauf dans la colonie saxonne de Bayeux, *Ottingia Saxonum*, où l'idiome danois se maintint jusqu'au douzième siècle). — 3° *Orig. germaniques.* Brunner, *op. cit.*, Cf. Coutumiers de Normandie, t. I. Glasson, 4, 123. Cf. ci-après, régime dotal, douaire, etc. — V. aussi Colin, p. 427. Lagouelle, Gombeaux, *op. cit.*, Ficker, *Unters*, IV, § 1237, a un système particulier et rattache le droit normand à la fois au droit franc, au droit scandinave et au droit frison. Les Normands étaient-ils des Norwégiens ou plutôt des Danois? Cf. Steenstrup, *Normannerne*, 1876, trad. dans le *Bull. Soc. Antiq. de Normandie*, X, 192.

(1) *Summa*, 85, 8; 100, 3, 77. On cite souvent ce mot de Dumoulin : *In Neustria mulieres sunt ut ancillae, multum subditae viris suis qui sunt avari.*

(2) Incapacité de tester atténuée dans l'art. 417 de la *NC.*

(3) Cf. Hainaut, 1534. Glasson, 7, 389. Dumées, *Dr. fr. Flandre*, 1753.

(4) *Summa*, 76; 96; 100, 3. *NC.*, 543 et suiv. *Anc. Us. d'Anjou*, éd. Marnier, § 95.

(5) *Add.* Séparation de biens d'origine romaine (qui n'a pas pénétré dans le droit anglais).

tenue, elle a, du moins, frayé la voie au sénatus-consulte Velléien, qui défendait aux femmes mariées, et même aux filles et aux veuves, de s'obliger pour autrui ; il s'introduisit en Normandie comme dans le reste de la France coutumière vers le quatorzième siècle (1), mais il s'y appliqua avec une rigueur toute particulière; les intercessions au profit du mari ou d'un tiers furent regardées comme nulles de droit, sans lettres de rescision; il fut interdit aux femmes de renoncer au bénéfice du sénatus-consulte, contrairement à l'usage général en pays coutumier, et le Parlement de Rouen refusa d'enregistrer l'Edit d'août 1606, qui abolissait l'institution romaine (2).

L'apport de la femme ou **Mariage** fut très réduit à l'origine, car « *le père doit un mari à sa fille et rien de plus* (3). » Les filles étaient exclues de droit, même en l'absence de convention, de la succession de leurs ascendants, si elles avaient des frères (4) ; cependant, elles pouvaient y être rappelées par une *réserve à partage*, ou bien recevoir une dot, et, en ce cas, elles ne devaient avoir *toutes ensemble* que le tiers du patrimoine au plus, et *chacune* que la part d'un de ses frères (le moins prenant). A défaut de réserve, les fils recueillaient l'entière succession ; mais les filles qui ne pouvaient rien réclamer à leur père (5), avaient le droit d'exiger de leurs frères (6) un **mariage ave-**

(1) Avant cette date, on n'en trouve pas de trace, ce qui se conçoit, car le droit Théodosien disparut ou se fondit avec le droit germanique, et le droit Justinien ne pénétra que lentement dans la pratique normande. La Coutume de 1583 ne le mentionne pas.

(2) Froland, *Mém. concern. l'observ. du Sc Velléien en Norm.*, 1722. Colin, p. 437.

(3) Houard, *Dict. de dr. norm.*, v° *Filles*, t. 2, p. 503. Ce dicton est en rapport avec *TAC.*, 10, 1 ; 80, 2. *Summa*, 26, 100. *NC.*, 248 et suiv., 250 : Si rien ne lui fut promis lors de son mariage, rien n'aura. Ci-contre, p. 679, t. II (chapel de roses). Le Poittevin, p. 267 (détails sur les droits de succession des filles).

(4) *TAC.*, 8-13, 80. Ci-dessus, p. 679, t. II. Cf. *AC. Anjou, Maine.*

(5) *TAC.*, 80, 2 (un tiers au plus). *Summa*, 100, 13. Cf. axiome coutumier : *Ne dole qui ne veut.* Le pouvoir discrétionnaire des parents était tempéré par l'affection qu'ils portaient à leurs enfants, et l'on redoutait plutôt de leur part des donations excessives. Sur les institutions contractuelles (dont le bénéfice s'étendait aux frères de l'institué, parce que la Coutume était égalitaire, et qui mettaient le père instituant un seul de ses enfants dans l'impossibilité d'aliéner ou d'hypothéquer tous ses immeubles), cf. ci-dessus, p. 716, t. II.

(6) *TAC.*, 80, 4 : on accorde au frère un délai d'an et jour pour pourvoir sa sœur d'un mari, quand elle a vingt ans. *Summa*, 100, 15.

nant (1), c'est-à-dire une dot suffisante pour contracter un mariage en rapport avec leur condition; ils étaient quittes envers leurs sœurs, même en ne leur donnant point de dot, s'ils parvenaient à leur procurer un parti honorable; quand celles-ci refusaient de l'agréer, elles étaient déchues autrefois du droit à la dot; par contre, le refus des frères d'établir leurs sœurs permettait à celles-ci de s'adresser à la justice à l'effet d'obtenir le tiers de l'héritage paternel; et en pareil cas, elles épousaient qui elles voulaient. Dans le dernier état du droit, les filles demandaient l'arbitration de leur mariage avenant par une assemblée de famille. Celui-ci, qualifié aussi de *légitime* ou d'équivalent de leur part héréditaire, constituait une créance privilégiée qui se soldait régulièrement en argent, mais aboutissait aussi souvent à l'attribution de biens en nature, les fils préférant s'acquitter de la sorte ou la fille, forcée de recourir aux moyens de contrainte, reprenant à due concurrence contre des tiers (2) les immeubles venant de la famille (3). La liquidation du mariage avenant était une opération compliquée; le droit de la fille ou des filles était du tiers de la succession, sans pouvoir excéder pour chacune d'elles la part du fils le moins prenant; encore y avait-il à tenir compte, pour les lotir, de la nature des biens (fiefs, bourgages, etc.).

Le mari acquiert les **meubles** de la femme à charge de payer ses dettes (4); mais si cette règle du vieux droit n'a jamais cessé de s'appliquer en principe, elle subit en fait des restrictions considérables par suite de l'usage d'insérer dans les contrats de mariage la *clause de remport* (ou réalisation d'une partie des meubles) et par l'obligation que la Coutume impose au mari de faire emploi d'une portion de ses meubles, comme en vertu d'une clause sous-entendue. A titre de compensation, la femme survivante recevait d'ailleurs, non seulement son

(1) *TAC.*, 80, 4 : *De matrimonio competenti providere*, « pourvoir avenant de mariage. » Cf. 3, 1 et 2. Ragueau, v° *advenant*, *apparagée*. Guyot, v° *appanagée*. *AC. Anjou*, éd. B.-B., I, 70.

(2) Dès avant le mariage, il y a déjà une dot qui ne peut être compromise par le frère qui la doit, ni par la sœur à qui elle est due, car celle-ci ne peut en toucher que les revenus; les filles non mariées n'ont rien en propre. *NC.*, 261-268. La *TAC.*, 80, 5 et 6, leur donne la propriété et le droit de disposer de leur terre, « comme si elles étaient des mâles. » Cf. *Summa*, 24.

(3) C'est-à-dire des seules successions en ligne directe. *NC.*, 262.

(4) Ci-dessus, p. 539, t. II. Cf. *NC.*, 390. Houard, *Dictionn.* v° mari.

douaire, mais le 1/3 ou la 1/2 en propriété des meubles laissés par le mari à son décès (1), le 1/3 s'il y avait des enfants nés du mariage, la 1/2 s'il n'y avait pas d'enfants vivants; quand elle y renonçait pour éviter de payer une part corrélative de dettes, on lui donnait cependant ses *paraphernaux*, c'est-à-dire les meubles servant à son usage personnel (lit, robes, linge) (2).

L'Administration des immeubles de la femme était confiée au mari ; il les gérait comme s'ils avaient été les siens propres, en touchait les revenus, estait en justice à leur sujet (3). Les acquisitions réalisées durant le mariage lui appartenaient d'une manière exclusive (4). Il n'y avait donc pas en Normandie de communauté de biens entre époux, même réduite aux acquêts ; non seulement la Coutume n'admettait pas la communauté, mais elle défendait de la stipuler (5). En fait cependant, la situation de la femme survivante ne différait pas beaucoup de la femme commune en biens ; elle avait droit au tiers en usufruit des conquêts ordinaires (6) et à la moitié en propriété des conquêts faits en bourgage. Sur les conquêts ordinaires, elle avait plutôt un droit de succession (7), c'est-à-dire un droit subordonné à sa survie et au décès du mari ; sur les conquêts en bourgage, c'est-à-dire sur les immeubles urbains, on lui reconnaissait plutôt un droit de communauté, car il s'exerçait dès la séparation de biens, sans attendre le décès du mari, et les héritiers de la femme y avaient droit comme elle (8). Le pre-

(1) *TAC. Norm.*, 5, 4 et 5 : *De communi catallo*, etc. Mais non les héritiers.

(2) *Norm.*, 392-5. Ou du moins une partie.

(3) *Summa*, 14, 5 : *nihil divisum habent*. Cf. dr. allemand, p. 1684.

(4) *Summa*, 100, 9. Cf. Ord. juil. 1219, I, 38.

(5) *NC.*, 330, 389. Les anciens textes sont muets. Cette règle, que le Parl. de Rouen regardait comme un statut réel, est d'autant plus remarquable que la Normandie a eu, ainsi que les autres provinces, ses sociétés de parsonniers ou communautés taisibles. Colin, p. 440. Pothier, *Comm.*, n° 11. Ficker, § 1237, voit même dans l'ancien droit normand une communauté par tiers. Cf. Sicile.

(6) Cout. partic. à Gisors, Caux.

(7) *Summa*, 100. *NC.*, 329, 392-95. *Placités*, 80, 130. La femme, héritière du mari, perd le droit d'évincer les tiers acquéreurs de son immeuble dotal, ce que l'on n'admettrait pas si elle était commune. Cf. ci-contre et Teissier, *Soc. d'acq.*, n° 122. Néanmoins le statut normand n'a pas été abrogé par la loi du 17 niv. an II. — Ci-dessous, p. 765, t. II, n. 4.

(8) La tenure en bourgage (immeubles situés dans les villes ou bourgs) peut être aliénée sans le contrôle seigneurial. *Summa*, 29. Cout. de 1583, 270. Génestal, Thèse, 1900, p. 76, 126. Lagouelle, p. 249. Viollet, p. 136. Ci-dessus, p. 358, t. II.

mier de ces droits semble très récent : il n'apparaît que dans la coutume de 1583 (1) : l'autre remonte au *Grand Coutumier*, 100. 9, c'est-à-dire à une époque voisine de celle où le régime de communauté venait de s'introduire dans les villes du nord de la France (2).

Inaliénabilité dotale (3). — Le droit normand, s'inspirant du désir de conserver les biens immobiliers de la femme dans sa famille, organisa de très bonne heure des garanties contre les abus de pouvoir du mari, et si ces garanties furent plus énergiques en Normandie qu'ailleurs, c'est que nulle autre part la famille ne risquait autant d'être dépouillée, à cause de l'incapacité profonde de la femme mariée. L'inaliénabilité de la dot immobilière (4), est proclamée déjà dans le *Très Ancien Coutumier*, 80. 5 : *durante matrimonio non valet aliquis contractus factus de terra mulieris*. Jusqu'à nos jours on dira : *Bien de femme ne doit jamais se perdre*. Mais la portée de cette maxime n'a pas toujours été la même. Anciennement, la femme était autorisée à reprendre son propre entre les mains des tiers, qu'il eût été aliéné par son mari (5), par elle-même ou par tous les deux

(1) *Summa*, 100, 9 : *In emptionibus hereditatis quas vir fecerit uxor nullam habebit portionem, excepto burgagio in quo medietatem habebit.* Cf. 101, 5. Dans la suite, il parut injuste que le mari profitât seul de bénéfices provenant en partie et parfois en totalité des biens de la femme. Cf. régime de communauté. Ni la loi d'Upland, 1275, ni la loi des Ripuaires ne peuvent servir à expliquer une institution du seizième siècle.

(2) Grágás, t. 2. Différences avec le droit normand, Colin, p. 464.

(3) Le régime dotal normand n'a pas été emprunté au droit romain. — A° Il ne peut venir ni du droit théodosien (pourquoi la dotalité romaine aurait-elle survécu seule parmi tant d'autres institutions, et uniquement en Normandie ?) ni du droit justinien (comment sa renaissance aurait-elle eu une action aussi prompte, et sur ce point spécial ?) — B° Différence avec le régime dotal romain : *a*) l'apport de la femme s'appelle *mariage* et non *dot*, sauf depuis le seizième siècle. — *b*) A Rome, le père est tenu de doter sa fille, et non en Normandie. — *c*) En Normandie, tous les biens sont dotaux, le mari acquiert les meubles de la femme à charge de payer ses dettes. — *d*) Enfin l'inaliénabilité dotale n'est pas organisée en Normandie comme à Rome. Cf. Viollet, p. 797. Glasson, 7, 383.

(4) *TAC.*, 4 ; 80, 5. *Summa*, 100. *NC.*, 537-541. *Placités*, 128. Arr. de Règl., 1511, Terrien, *Comm.*, éd. 1578, p. 267. Colin, p. 433. Cf. *TAC.*, 80, 7 : *mulier pro delicto viri non amittit hereditatem*, 79, 12. Cf. Viollet, p. 797. L'aliénation en justice est possible, mais à titre très exceptionnel, cf. le *fine* anglais. Fallait-il comprendre dans la dot les biens advenus à la femme durant le mariage par succession collatérale, don ou legs ? Non, dans l'op. commune. *NC.*, 390, 542. Cf. Glasson, 7, 387.

(5) Garantie due par les héritiers du mari. *TAC.*, 4, 3 ; 80, 5. *Summa*, 14, 5 et 5 *bis*. Tardif, p. 42. Ci-contre.

agissant ensemble ; elle devait agir dans l'an et jour après la mort de son mari par une action qui conserva toujours la dénomination archaïque de **Bref de mariage encombré** (1). L'inaliénabilité était absolue. Il en résultait une telle gêne dans les transactions, que la pratique imagina un système moins rigoureux en un sens, plus sûr en un autre. Le bref de mariage encombré fut regardé comme équipollent à réintégrande; on y voyait une sorte de voie possessoire, ce qui n'était pas très exact (2), mais ce qui permettait à la femme qui ne l'exerçait pas dans l'an et jour de se pourvoir après ce délai par la voie propriétaire (*action de loi apparente*) dans les quarante ans qui suivaient la dissolution du mariage. Par contre, l'aliénation de la dot fut licite de la part des deux époux agissant conjointement (3). Cette réforme, définitivement consacrée par un arrêt de règlement de 1529, passa dans le C. de 1583 (4). Tout en autorisant l'aliénation, la jurisprudence garantit les intérêts de la femme : 1° par le moyen du remploi ; 2° par une hypothèque tacite sur les biens du mari (5) ; 3° par un recours subsidiaire contre les tiers acquéreurs, tendant à obtenir la valeur du bien aliéné, ou, à défaut, ce bien lui-même. On peut résumer ce système en disant que la dot avait cessé d'être inaliénable, mais que la femme était assurée d'en recouvrer la valeur. En cas de séparation de biens, la femme ne pouvait disposer de ses

(1) La femme qui échouait sur le bref de mariage encombré, ne pouvait pas agir ensuite au pétitoire : preuve manifeste que le bref n'était pas une simple action possessoire.

(2) Sur les brefs, Brunner, cf. *Schwurger.*, et ci-dessus, p. 262, t. II. *Impedire*, encombrer, c'est aliéner ou grever de droits réels. *Summa*, 100, 2. Du Cange, *h. v^is^*. Ce bref ne servit plus que si le mari aliénait seul la dot.

(3) *Gr. Cout. Norm.*, 100 (ouys ensemble). Cf. *Summa, h. l.*, Le droit que le *TAC.*, 80, 5, reconnaissait à la femme non mariée de disposer de ses terres, comme si c'était un homme, fut peut-être le point de départ de la doctrine nouvelle. On recourut, pour valider les aliénations faites avec l'assentiment de la femme, à la pratique générale du serment. Jug. de l'Echiquier de 1391, Marnier, p. 66. Au seizième siècle, les vieilles idées sur l'incapacité radicale de la femme mariée étaient surannées. Arr. de 1511 et surtout arr. de Cerisey de 1529, qui fixa la jurisprudence. Terrien, *Comm.*, p. 267. *NC.*, 527, 538. *Placités*, 124. Par application du Velléien, la femme n'avait pas le droit d'hypothéquer ses immeubles, même avec le consentement du mari.

(4) Le droit romain part de l'inaliénabilité relative pour arriver à l'inaliénabilité absolue (cf. l. Julia, dont le but est de permettre les secondes noces, et droit justinien). Le droit normand suit la marche inverse.

(5) Sur cette hypothèque et son rang, cf. Basnage, *Tr. des hyp.*, c. 6.

immeubles qu'avec l'autorisation de la justice et sur l'avis de ses parents (1).

Un dernier trait du régime normand était la rigueur avec laquelle s'appliquait la prohibition des **donations entre époux** (2). Il est vrai que le mari avait son droit de veuvage (3) et la femme son douaire avec ses droits sur les meubles et conquêts. — A° *Pendant le mariage*, toute donation, même le don mutuel, et tout contrat onéreux étaient interdits entre époux ; la femme ne pouvait tester en faveur du mari, et le mari n'avait le droit de lui léguer que la part fixée par l'article 429 de la C. de 1583 ; chaque époux ne pouvait rien donner aux parents de l'autre. — B° *Avant le mariage*, le fiancé ne devait donner à sa fiancée aucune part de ses immeubles ; de ses meubles il n'était autorisé à disposer que d'une quotité calculée sur le montant de sa fortune immobilière, de sorte que s'il n'avait pas d'immeubles, il ne pouvait rien donner. La fiancée, au contraire, avait la faculté de disposer au profit de son futur époux (qui recevait déjà tous ses meubles) du tiers de ses immeubles présents et à venir ; c'est ce qu'on appelait le **Don mobil**, expression qui paraît faire allusion à ce que les biens, objet de la donation, étaient disponibles entre les mains du mari comme meubles, tandis que les autres immeubles de la femme se trouvaient inaliénables (4). Le don mobil est la contre-partie du droit de la femme aux acquêts (*N. C.*, 390).

3. **Régime allemand d'union de biens** (*Gütereinheit*, *Güterverbindung*) ou de **Communauté d'administration** (*Verwaltungsgemeinschaft*) (5). — Les régimes matrimoniaux en usage dans l'Allemagne et la Suisse depuis l'époque barbare jusqu'au dix-neuvième siècle, n'étaient guère moins nombreux que les

(1) Mais elle pouvait aliéner ses meubles ou les immeubles acquis depuis la séparation. *Placités*, 126 et suiv. Cf. *Règl. s. tutelles*, 1673, art. 51.

(2) *NC.*, 411, 422, 429.

(3) Ci-contre, p. 735, t. II.

(4) Fait par une veuve avec enfants, le don mobil ne pouvait dépasser une part d'enfants. Cf. Edit 1560. Guyot, Houard, *h. v°*.

(5) Stobbe, § 217 (bibl.), 218 et suiv. Heusler, § 146 et suiv. Huber, 4, 386 et suiv.; *Histor. Grundl.*, p. 40 et suiv. F. von Wyss, *Ehel. Güterr. d. Schweiz*, 1896 (bibl.). Schrœder, p. 720 (bibl.). Ficker, *Untersuchungen*, t. 3 et 4. Freund, *Lübisch. ehel. Güterr.*, 1884. ZSS. *GA*, 1895, 229. Michel, *Beitr. z. Gesch. d. Öst. Eherechts*. R. Bartsch, *Recht. Stell. d. Frau*, 1903. Bouvalot, *Coul. de Ferrette*, 1870, p. 189. Huber, *Av.-projet de Code civ. suisse*, 1899; *Erl.*, 1901.

systèmes successoraux (1). On peut les ramener à trois types à peu près aussi répandus l'un que l'autre : l'union de biens, la communauté partielle (meubles, acquêts) et la communauté universelle. C'est sans doute sous le couvert du premier que s'est introduit çà et là, à la suite de la réception du droit romain, le régime dotal du midi. L'union de biens n'est pas inconnue en France ; on la trouve dans quelques Coutumes de l'Est (2), comme la Coutume de Reims, dont l'article 239 porte que les époux ne sont pas communs en biens (3) ; les auteurs du Code civil ont cru devoir l'organiser dans les articles 1530 et suivants. La **mainplévie** de la Coutume de Liège n'en est aussi qu'une variante (4). En Allemagne, il a jeté des racines si profondes que le nouveau Code civil en a fait le régime de droit commun.

L'union de biens se rattache de très près au régime de l'époque barbare. Comme dans celui-ci, il y a unité de patrimoine; les biens des deux époux sont confondus en une seule masse. Sous sa forme la plus archaïque, la femme n'a rien ou à peu près rien en propriété ; le mari devient *dominus dotis* ainsi

(1) Wächter comptait plus de seize systèmes principaux dans le seul Würtemberg sur un point unique, le droit de succession entre époux. Stobbe, 4, 75. Lardy, *Législ. des cantons suisses en mat. de tutelle, de régime matrim.*, 1876 (cartes). Schrœder, *Gesch. d. ehel. Güt.*, II. Masse, Thèse, p. 163 et suiv.

(2) Ces Coutumes françaises ne défendent pas aux époux de stipuler la communauté de biens. Pothier, *Comm.*, n° 461.

(3) Reims, 239 et suiv.: le mari peut disposer des meubles et des conquêts; droit d'option de la veuve, elle peut prendre la moitié des meubles et conquêts ou s'en tenir à son douaire et à son apport; les héritiers de la femme prédécédée ont droit aux conquêts. Beaucoup prétendent qu'il y a communauté (Varin. *Arch. lég. de Reims*, I, 618-697), mais qu'on suit à la lettre la règle : *Uxor non est proprie socia, sed speratur fore.* Chauny, 1, 1. Chimay, 2, 1. Metz, 6, 1. Constantin, *Le dr. des gens mariés à Reims*, 1903 (Thèse).

(4) Tous les biens présents et futurs de la femme tombent dans le patrimoine du mari qui peut en disposer en maître, même par testament. Pawillart, 14e s., art. 110. Vers le dix-septième siècle, il fut admis que le testament du mari ne pourrait restreindre les droits de la femme survivante. Le seul avantage que ce régime présentât pour la femme était de lui donner, en cas de survie, tous les biens laissés par le mari (sauf les fiefs). Britz, p. 859, en conclut à tort que c'est une communauté universelle ; il ne saurait être question de communauté là où l'une des parties a la faculté de dépouiller l'autre de tous ses droits par testament. Van Wetter, *Le dr. romain et le dr. celtique*, 1898, a repris, avec moins de raison encore, la thèse abandonnée de l'origine romaine de la mainplévie (cf. *manus*). Cf. Chimay, 2, 1. Ardenbourg. *Bouc van tale*, 46. Ragueau, v° *Plevie*. Guyot, *h. v°*. Ci-dessus, p. 431, 446, t. II (plevir sa foi, etc.).

qu'à Rome (1). Dans une deuxième phase, elle garde la propriété, au moins de son apport immobilier ; le mari n'en a que l'administration ; l'unité de patrimoine est devenue tout extérieure ; il y a plutôt juxtaposition de biens (*Güterverbindung*) qu'unité (*Gütereinheit*). Que les pouvoirs du mari s'atténuent encore (2) et l'on arrivera, dans une nouvelle phase, à la jouissance de son patrimoine. Nul besoin de dire qu'il y a des formes de transition sans nombre entre ces diverses phases, et que les deux premières ne se distinguent pas toujours, autant qu'on pourrait le croire, de la communauté. Sous le régime de la communauté, tout comme sous celui de l'union de biens, la puissance maritale vaut au mari l'administration et la jouissance des biens de la femme, le droit de disposer de ses meubles ; et la femme est frappée d'incapacité. Les causes qui ont fait préférer l'union de biens à la communauté sont d'autant plus malaisées à discerner que ces deux régimes, en apparence dissemblables, ont par là de nombreux points de contat. Durant le mariage, aucun signe extérieur ne révèle qu'on se trouve en présence d'époux communs en biens ou non. La communauté se caractérise par la confusion des intérêts des deux époux, par leur participation aux profits et pertes résultant de la vie commune. C'est un régime en harmonie avec un système de propriété individuelle ; il convient aux meubles et aux acquêts : l'union des biens se prête mieux à la conservation du bien de famille ; elle permet plus aisément d'organiser des garanties au profit de la femme et de ses parents contre les abus de pouvoirs du mari, abus dont la femme commune semble devoir courir les risques. Les Coutumes pyrénéennes offrent à l'appui de ces idées un exemple trop curieux pour ne pas le citer ici, quoiqu'il puisse paraître déplacé : elles déclarent communs en

(1) Ci-contre, Mainplévie à Liége. Le droit bernois oblige simplement le mari à restituer la valeur de ce qu'il a reçu ; il devient donc propriétaire de la dot.

(2) Nous pensons, contrairement à Heusler, que la question du régime matrimonial est étroitement liée à celle de la capacité de la femme mariée ; ainsi la séparation de biens était incompatible avec les droits du mari sur sa femme dans la très ancienne législation ; il a fallu que la femme pût être propriétaire d'immeubles pour que la communauté d'acquêts existât. Mais nous convenons qu'une fois la femme mariée reconnue capable, il a été possible d'instituer des régimes différents, ici la communauté, là l'union de biens, tout en la soumettant au pouvoir du mari à peu près dans les mêmes conditions.

biens (*meitadés*) les puînés (*soult* et *soulte*) qui se marient entre eux et ne reçoivent qu'une dot modique, tandis qu'il n'y a pas de communauté entre le fils aîné ou la fille aînée qui sont héritiers, qui recueillent en cette qualité le bien de famille et leur conjoint *adventice* (1). — Si l'on veut décrire l'union de biens (2), on doit constater d'abord la force du *mundium* marital. Le Miroir de Souabe dit que le mari est le maître et le tuteur de sa femme (*Vogt und Meister*). D'après le **Miroir de Saxe** il la prend, corps et biens, sous sa tutelle (*nimt he in sine gewere al ir gut to rechter vormuntscap*). Mari et femme n'ont pas de bien distinct pendant leur vie ; à qui la femme accorde son corps, elle accorde aussi son bien ; elle n'a rien pendant le mariage que *le ciel bleu et sa quenouille*. Comme le tuteur d'autrefois, le mari acquiert en pleine propriété les meubles de sa femme, à charge de payer les dettes dont elle est tenue avant le mariage. Il gagne les produits du travail de la femme, les revenus des biens fonds qu'elle possède ; toutes les acquisitions faites durant le mariage lui appartiennent exclusivement, même si elles proviennent des biens de la femme. Il a l'administration comme la jouissance des immeubles (3) dont sa femme est propriétaire, mais il n'est pas autorisé à les aliéner sans le concours de celle-ci et ces biens ne constituent pas le gage de ces créanciers ; *bien de femme ne doit croître ni dépérir*. Au décès de l'un des con-

(1) *Soult* (*solutus*) paraît signifier : détaché de la maison paternelle. Ci-dessus, p. 5, t. II. D'après la C. de Barèges, 1670, art. 13, ces puinés sont qualifiés de *sterles*, *esterlos* (en dehors de la maison) ; tant qu'ils sont dans la maison, ce sont des *esclaves* (*sic*). Cf. Cout. de 1768, t. 7. Soule, 24. Lagrèze, *Dr. dans les Pyr.*, p. 185 ; *La Navarre*, 2, 242. *Adventice* veut dire étranger (à la famille).

(2) L'union de biens se trouve dans le Mir. de Saxe, 1, 31, 20-24, 45 ; 3, 74 s., et dans le droit de Magdebourg. Au contraire, en Westphalie, s'il y a des enfants, il s'établit une communauté d'acquêts entre époux. La Franconie, l'Allemagne du Sud sont aussi des pays de communauté. Mais on se demande si M. de Souabe admet la *gesammte Hand* ou la *Güterverbindung*. Dans ce dernier sens, cf. Wyss, p. 61. *M. de Souabe*, 1, 11, 20, 21, 35, 36, 63, 71, 148, 166 ; 2, 23, 100 ; 3, 98, éd. Matile. Stobbe, 4, 93 (diff. avec le M. de Saxe : le consentement des parents de la femme n'est pas toujours requis pour l'aliénation des terres de celle ci, etc.). Huber, *op. cit.*, rattache le droit bernois aux lois burgondes.

(3) *Ususfructus maritalis*, dénomination inexacte pour l'ancien droit, mais qui tend à devenir plus juste à mesure que le droit romain s'implante en Allemagne. Influence de ce droit sur la consistance, les privilèges de la dot. Cf. statuts italiens, Pertile, 3, 353.

joints, le sort des biens réunis entre les mains du mari a été réglé de façon diverse : tantôt la femme survivante n'en a qu'une faible part, comme le tiers des acquêts; tantôt elle reprend son apport, au moins ses biens de famille, et ses héritiers ont les mêmes droits qu'elle; tantôt il n'y a pas de partage, mais le survivant des époux prend la masse totale (1) (sauf à ne pouvoir en disposer au préjudice des enfants, s'il y en a, *Verfangenschaft*). En dehors de ce cas, la femme a, d'ordinaire, des gains de survie légaux ou conventionnels qui sont un legs de l'époque antérieure : Douaire (*Witthum*, en Souabe; *Leibgeding*, *Leigzucht* en Saxe), *augment de dot*, c'est-à-dire douaire en rapport avec la dot (*Widerlegund*). *Morgengabe* conservé parfois. On lui reconnaît aussi la faculté d'habiter dans la maison conjugale, *Beizitz*, tant qu'elle ne se remarie pas, au moins s'il y a des enfants. Les meubles appartiennent au mari ou à ses héritiers (2), à l'exception de la *Gerade* (vêtements et ornements) (3), réservée à la veuve ou à sa plus proche parente (*Niftel*), et du *Musstheil*, c'est-à-dire de la moitié des provisions qui se trouvent dans la maison au décès du mari, auquel la veuve seule a droit, à l'exclusion de ses héritiers (4). — Avec le temps, le régime de l'union de biens devint plus avantageux

(1) Worms, 1184 : *superstes omnem premortui hereditatem, quoad vixerit, libere possidebit.* Stobbe, § 222, 242. D'autres Coutumes donnent au veuf la moitié, à la veuve le tiers ou une part d'enfant (part de l'épée, part de la quenouille). Schœder, p. 313. L'*Alleinerbrecht des überlebenden Ehegatten* ne dut exister d'abord qu'au profit du mari, et ce ne fut pas un droit de succession, mais le maintien d'un droit préexistant. Pour la femme, c'est une innovation; on le comprend dans les villes neuves où des *areae* étaient concédées à la fois au mari, à la femme et aux enfants, où les habitants n'avaient pas de biens de famille, mais seulement des acquêts. Cf. mainplévie à Liége. Suisse : *portio statutaria* (*Eherecht*), droit héréditaire. Peut-être faut-il expliquer par là la formule des *Ass. de Jérus.*, *C. des Bourg.*, 186 : *nus hom n'est si dreit heir au mort come est sa feme espouse.* Van Wetter, *loc. cit*, p. 46. Glasson, 7, 379.

(2) Sur les présents de noces, cf. Stobbe, IV, 163.

(3) Sur la *Gerade*, p. 1528. *Sachsensp.*, I, 24, 3; cf. I, 45, 2. Ficker, 4, 20.

(4) Heusler voit dans la *Gerade* et le *Musstheil* la preuve de l'existence d'une sorte de communauté de meubles (à parts inégales), car la consistance de ces biens varie avec la fortune du mari, ils sont confondus pendant le mariage avec les autres meubles, et les créanciers du mari peuvent s'en saisir. Mais comme le droit postérieur au Miroir de Saxe élimine toute idée de communauté, on dut qualifier le droit de la femme de droit de succession contrairement à l'esprit et aux termes de l'ancienne législation. Cf. Stobbe, 4, 82.

pour la femme. Le mari cessa d'être regardé comme son tuteur et perdit les droits lucratifs attachés à ce titre ; il ne conserva que l'administration de l'ensemble du patrimoine en sa qualité de chef de famille. Il ne gagna plus les biens de la femme en cas de survie, au préjudice des héritiers naturels de celle-ci. La restitution des immeubles de la femme lui est garantie par l'interdiction du mari de les aliéner sans son concours. On organise des sûretés à l'effet de lui permetttre d'exercer la reprise de la valeur de ses fonds aliénés (1) ou encore de son apport mobilier ; elle a, d'abord, un assignat conventionnel sur certains biens du mari et, dans la suite, une hypothèque privilégiée sur l'ensemble de son patrimoine. L'incapacité de la femme mariée s'atténua, ce qui allait de soi du moment où elle avait un patrimoine distinct et où la constitution de la famille n'exigeait plus d'une façon impérieuse la subordination absolue des membres au chef. Elle put s'obliger, avec l'autorisation de son mari (ou même de justice dans le droit moderne), traiter avec son mari (sauf intervention d'un curateur ou observation de certaines formes, afin d'assurer sa liberté), accomplir des actes urgents en cas d'absence ou de maladie du mari. Les actes qu'elle faisait seule, sans autorisation, purent être ramenés à exécution contre elle ou contre ses héritiers à la dissolution du mariage (2). Elle eut même le droit d'obliger le mari pour les besoins du ménage (*Schlüsselgewalt*) (3) ou lorsqu'il l'avait autorisée à faire une industrie ou un commerce séparé. Vers le treizième siècle s'introduit la séparation de biens judiciaire (4) ; le mari prodigue, dissipateur, peut être dépouillé de ses droits, et c'est alors la femme qui en a l'administration et la jouissance, tantôt seule, tantôt avec un tuteur là où la tutelle des femmes s'est maintenue.

(1) Sur le remploi ou la récompense, cf. Stobbe, 4, 164.

(2) Dans les villes hanséatiques, le créancier qui rencontre sa débitrice est autorisé à saisir sa robe; le mari se trouve dans la nécessité de le désintéresser, au moins s'il veut que sa femme puisse recouvrer son vêtement et sortir.

(3) Dans l'ancien droit, la femme n'agit que comme préposée du mari et ne peut l'obliger que jusqu'à concurrence de sommes très faibles, 3, 5, 12 deniers. Le droit moderne tend à lui reconnaître un pouvoir propre, sous le contrôle du mari, à supposer qu'il n'y ait pas opposition de sa part. Il en résulte qu'elle s'oblige elle-même tout en obligeant le mari.

(4) *M. de Souabe*, 1, 73, éd. Matile. Stobbe, IV, 292.

Le régime du bien séparé, **Sondergut**, n'est que notre séparation de biens conventionnelle ou, si l'on préfère, la paraphernalité romaine. Par rapport au *Sondergut*, la femme a la même capacité que si elle n'était pas mariée. Seules, les choses à l'usage exclusif des femmes, vêtements, bijoux, *Nadelgeld*, furent d'abord laissées à leur disposition. Puis la coutume leur permit de se réserver, par contrat de mariage, toute sorte de biens, meubles ou immeubles : on reconnut le même droit aux tiers qui leur faisaient des libéralités. Le Miroir de Saxe s'en tient encore au principe de patrimoine, mais cent ans après ces réserves sont autorisées par la Fleur de Magdebourg. En se développant, la pratique du *Sondergut* n'aboutit à rien moins qu'à l'émancipation conventionnelle de la femme mariée.

La **Verfangenschaft,** en usage surtout dans les pays de communauté (Franconie, Allemagne du Sud), a pour effet d'interdire au conjoint survivant qui recueille le patrimoine conjugal tout entier, d'en disposer au détriment des enfants communs ; il est réservé à ceux-ci de telle sorte qu'en cas de deuxième mariage du conjoint survivant, les enfants du deuxième lit n'y ont aucune part : à l'inverse, les enfants du premier lit ne peuvent rien réclamer de ce qui constitue le patrimoine du deuxième mariage. Ce système entraînait souvent de grandes inégalités entre les enfants des divers lits, et des inégalités d'autant plus fâcheuses qu'elles tenaient à de purs accidents, comme la date de l'acquisition d'une succession par le conjoint binube ; ses parents mouraient-ils pendant le premier mariage, leur succession allait aux enfants du premier lit ; décédaient-ils un peu plus tard, c'étaient les enfants du deuxième lit qui en profitaient. De tels résultats étaient choquants, mais l'ancien droit s'en accommodait mieux que de la fusion des deux familles en une seule, et c'est ce qu'il aurait fallu admettre pour les éviter : en vertu du mariage, une communauté d'intérêts et souvent même une communauté de biens avait été fondée ; époux et enfants y étaient compris : une nouvelle union créait une communauté distincte, une autre *Hausgemeinderschaft* (1).

(1) Schrœder, p. 724 (bibl.) cherche l'origine de cette institution dans les clauses des donations entre époux ; c'est ainsi, dit-il, que le ravestissement par lettres a donné naissance au ravestissement du sang. Cf. ci-dessus, p. 676, t. II. Mais comment expliquer ces clauses elles-mêmes? Voy. d'ailleurs Heusler, 2, 457, 473 (opposition entre le droit souabe et le droit fran-

L'esprit de famille s'opposait à ce que l'une s'enrichît aux dépens de l'autre ; on laissa au conjoint survivant les biens de la première communauté, mais en lui liant les mains pour le cas où il aurait voulu en disposer. Durant le mariage, ces biens étaient à peu près indisponibles entre les mains du mari ou, du moins, ne pouvait-il en disposer sans l'intervention de son conjoint ; après la dissolution du mariage, l'indisponibilité persista à peu près dans les mêmes termes ; le concours des enfants du premier lit fut nécessaire pour l'aliénation. On n'a pas de peine à voir comment cette pratique de la *Verfangenschaft* (ou dévolution) donnait aux enfants du premier lit des garanties contre les risques que des secondes noces faisaient courir à leurs intérêts ; comme le douaire des enfants ou la communauté continuée, elle leur rend les services qu'ils retirent ailleurs de l'application des lois du Bas-Empire sur les secondes noces.

L'institution de la *Verfangenschaft* est assez souvent modifiée par l'admission du **Theilrecht** ou droit au partage, que l'on considère communément comme de date plus récente (milieu du XIII[e] siècle). Le conjoint survivant qui voulait se remarier pouvait être forcé de partager avec ses enfants ; avec sa portion devenue libre et les biens qu'il acquérait par la suite, il entrait dans une communauté nouvelle : quant à ses enfants, ils étaient lotis une fois pour toutes ; ils n'avaient plus rien à prétendre sur sa succession ; le communiste chez eux avait tué l'héritier. Le *Theilrecht* s'inspirait donc de la même pensée que la *Verfangenschaft ;* la communauté établie par le premier mariage restait bien distincte de celle qui résultait des secondes noces. Des difficultés se présentaient au sujet des acquisitions faites ou des dettes contractées dans l'intervalle des deux mariages ; les Coutumes variaient beaucoup sur ce point, mais d'habitude cependant on les comprenait dans le partage. Vers le treizième siècle, et surtout depuis le milieu du quatorzième, apparaissent dans les contrats de mariage des traités d'*affrérissement. unio prolium*, **Einkindschaft** (*to einen kindere machen*), en vertu desquels les enfants des deux lits doivent être traités comme s'ils étaient frères. En pareil cas il n'y a plus deux communautés séparées, mais une seule. Le conjoint binube y gagne de ne

conien). Ficker, *Unt.*, 2, 213 ; 4, 556. Cf. Britz, p. 670 (dévolution). Roisin, p. 88.

pas être contraint à une liquidation intempestive peut-être, en tous cas compliquée et préjudiciable à ses intérêts. Pour les enfants, l'égalité se justifie aussi dans beaucoup de cas, et, si elle n'est pas équitable, par exemple parce que le conjoint prédécédé avait une fortune supérieure à celle du nouvel époux ou à l'inverse, rien n'empêche de stipuler un préciput au profit des enfants du premier ou du deuxième lit (1).

4. — Le **Régime dotal romain** (2) subsista en Italie (3), en Espagne (4), dans les pays de droit écrit de la France : il pénétra même en Allemagne (5). Dans ses traits essentiels, c'est un système de séparation des intérêts des époux ; la femme conserve ses biens ; elle n'en remet au mari qu'une partie, la dot, fonds de réserve pour elle et pour la famille (6), échappant dès lors à toute aliénation, le mari n'a pas le droit d'en disposer : la femme non plus, et elle ne peut pas s'obliger sur sa dot. On ne toucha pas à ces grandes règles, mais la jurisprudence et la pratique, parfois même l'usage local, y firent des additions et des retouches dont quelques-unes importantes.

Contrairement à l'axiome coutumier *Ne dote qui veut*, le père de famille est tenu, dans le midi, de doter sa fille majeure, même si elle se marie sans son consentement (7). Cette obligation, qui est légale et non pas seulement morale, pèse, à défaut du père, sur l'aïeul paternel et sur la mère. Les tribunaux les

(1) Ci-dessus, p. 146 et 598, t. II. Stobbe, § 244. Heusler, 2, 476. *ZSS. GA*, 1901, 440. *Tract. Uni. jur.*, VI, Grœben, *De orig. unionis prolium*, 1870. Beseler, *Erbvertr.*, 1, 7. Viollet, p. 489, 789. Cf. Sicile : Pertile, 3, 360.

(2) *Tract. univ. jur.*, t. IX, vol. XII. Cf. en général, Romanistes. G. Durand, *Spect.*, 4, 4. Faber, *Inst.*, f° 41. Gui Pape, 96, 145, 523, etc. *Dec. Capell. Tolos.*, q. 218. *Estat de la justice de Savoie*, 2, 1, 7 (a. 1674). Henrys, 4, 3, 8; 4, 6, 51. Argou, 3, 8. Boutaric, *Inst.*, 2, 8. Serres, *ib.* Despeisses, *Contrats*, 1, 15. Julien, *Elém. de jurispr.*, 1, 4. De la Rouvière, *Retour des dots*, 1737. Roussilhe, *Tr. de la dot*, 1785, 1856. R. de la Combe, v° *Dot*. Tessier, *Tr. de la dot*, 1835 ; *Q. s. la dot*, 1852. Ginoulhiac, *Hist. du rég. dotal*, 1842 (p. 124 : analyse du *Petrus*). Gide, p. 378. Viollet, 795. Lefebvre, *Introd. à l'hist. du dr. matrim.*, II, 44. Dépinay, *Le Rég. dotal*, 1902. A. Eyquem, *Le rég. dotal*, 1903.

(3) *Digesto ital.*, v° *Beni*. Salvioli, 347. Pertile, 3, 320. Zdekauer, *Patto dotale* (*R. ital. p. le sc. giur.*, 25, 99). Ciccaglione, *Patti nuziali* (Naples), 1881 : *Storia d. dir. ital.*, I, 444. Lattes, *Dir. consuet. lomb.*, p. 239.

(4) *Siete Part.*, 4, 11. *F. de Vizcaya*, t. 20.

(5) Stobbe, § 235.

(6) *F. de Béarn*, 269.

(7) L. 19, Dig., *de ritu nupt.* L. *si pater*, Cod. Just., *de dot.* Nov. 21 de Léon. L'usage apparaît dans les actes du onzième siècle. D. Vaissete,

contraignent à la payer et en fixent, au besoin, le montant. La femme se constituait souvent en dot tous ses biens présents et à venir (1). A défaut de constitution, on présumait communément que ses biens étaient paraphernaux; néanmoins la question se discutait et dans certains lieux, par exemple à Toulouse, en Auvergne, ils étaient tenus pour dotaux comme dans les pays de Coutumes (2).

La puissance maritale n'avait pas lieu en pays de droit écrit (3). La femme, propriétaire de ses **paraphernaux,** en jouissait et les administrait comme si elle n'avait pas été mariée (4). Cependant dans les pays de droit écrit du ressort du Parlement de Paris (Lyonnais, Beaujolais, Mâconnais et Forez), on l'obligeait à se munir de l'autorisation maritale pour les actes de disposition (C. civ. 1576).

Selon le droit romain, les biens dotaux devenaient la propriété du mari, sauf obligation de les restituer (5). C'était là une propriété très imparfaite, surtout pour le fonds dotal frappé

Preuves, nos 244, 385, 388. etc. *Siete Part.*, 4, 11, 8. Bord., *NC*, 43. Toulouse, 117 (la fille dotée est exclue de la succession paternelle). Tardif, *Le dr. privé au XIIIe s.*, p. 30, 81. Henrys, l. 4, q. 52. Roussilhe, n° 4, 87. La constitution de dot se fait en général par acte notarié. Toulouse, 109. D. Vaissete, 5, 518, 1031. Sur le trousseau, coffre, garlande, serpol, cf. Ragueau, *h. v°*. Lagrèze, *Navarre*, 2, 185. Bretonnier, *Quest.*, *h. v°*. Dot des religieuses, Mallebay de la Mothe, *Quest.*, D, 20. Benedicti, v° *dotem*.

(1) Toulouse, 87, et là-dessus, Casevieille, Soulatges (qui y voient à tort une application de la l. *Quintus Mucius*, Dig., 24, 1, 51, en vertu de laquelle les acquisitions faites par la femme sont présumées appartenir au mari et payées avec ses deniers, à moins qu'elle ne prouve le contraire, présomption fort rationnelle d'ailleurs lorsque tous les biens de la femme sont dotaux). Auvergne, 14, 8 (la dot s'y appelle *Verchère*, Ferrière, Du Cange, *h. v°*). Toulouse, 84, 85 (les cadeaux aux époux la veille ou le jour des noces appartiennent au mari). Bord., *NC*, 48. Sur l'Ord. 1563, 17, v. Ginoulhiac, p. 139 (la dot ne doit pas dépasser 10.000 tournois). — Italie, Pertile, 3, 352.

(2) Les biens *adventifs* ou échus durant le mariage sont compris parmi les paraphernaux. — Ginoulhiac, p. 138. Haenel, *Dissens. domin.*, p. 6, 105.

(3) Sauf dans certains lieux : Auvergne, Masuer, 14, 39; Bordeaux, ci-après; *F. de Béarn*, 261. Partout la femme doit l'*obsequium* au mari (cf. l. *Assiduis*), par exemple elle est tenue de le suivre. *Dec. cap. Tolos.*, 86. Ci-dessus, p. 91, t. II. Notons qu'en général le mariage n'émancipe pas, comme en pays coutumier, ce qui fait que la femme peut être soumise à la puissance paternelle. Serres, *Inst.*, 1, 12. Ci-dessus, p. 121, t. II.

(4) *Petrus*, 1, 32 : *etiam sine consensu viri et liberorum*. *Secùs*, Bordeaux.

(5) Cod. Théod., 3, 13. Papien, 22. *Petrus*, 1, 30 et suiv.; 4, 54. Toulouse, 87.

d'inaliénabilité. Aussi les Glossateurs se demandent-ils si la dot est au mari ou à la femme (*Diss. domin.*, p. 436); après eux nos anciens auteurs disent : le mari est le maître de la dot, il en a le domaine civil : ils ajoutent volontiers que la femme en conserve la vraie propriété; et les plus récents traitent le mari de simple usufruitier. Le Code civil n'a fait que reproduire leur doctrine en déniant au mari la **propriété de la dot** pour ne lui en laisser que la jouissance (1).

Les **immeubles dotaux** sont **inaliénables**; ni le mari seul, ni la femme seule, ni les deux époux conjointement ne peuvent en disposer. La Coutume de Toulouse, 103, d'accord avec le Bréviaire d'Alaric, autorisait l'aliénation faite par les deux époux ensemble : Coutume désastreuse, dit le commentateur Casevieille, dont le résultat le plus clair serait de dépouiller la femme de sa dot et que je n'ai jamais vu observer (2). De son temps, l'inaliénabilité absolue droit Justinien avait pris la place de l'inaliénabilité relative de la loi Julia (3). Ce fut là une

(1) La propriété du mari est encore affirmée par Argou, 3, 8, R. de La Combe, Ferrière, v° *Dot. Siete Part.*, 4, 11, 7. Mais Roussilhe, n° 216, la nie : « *pour ce qui est des immeubles, le mari n'a que les droits honorifiques et le simple usufruit; les actions immobilières comme la propriété résident sur la tête de la femme.* » Masuer, 14, 25, disait également, en parlant de la revendication du fonds dotal : « il faut que tous deux y interviennent, le mari pour le regard de l'usufruit, et la femme à cause de la propriété. » Les autres auteurs que l'on cite habituellement en ce sens ne font que traduire des expressions équivoques des lois romaines (par exemple D., *de j. dot.*, 75 : *quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est*). Wallon, p. 133. Ainsi Domat, *Loix civ.*, 1, 9, 1, 4, d'après lequel le mari agit seul, s'il lui plaît, ou la femme agit avec l'autorisation du mari ou de justice. Cf. Tessier, *Quest. s. la dot*, 1852. — Sur cette question de l'exercice des actions pétitoires relatives à la dot immobilière, l'ancienne jurisprudence n'est pas bien fixée. Tessier, 2, 137. Roussilhe, 1, 255.

(2) *Petrus*, 1, 34 (cf. Nov. 61) : *non potest eam* (dot immobilière non estimée) *alienare maritus, sine consensu uxoris, nec sufficit solus consensus, sed opus est, ut post biennium alienationem uxor confirmet et de aliis rebus mariti recompensationem habeat.* Même règle pour la donation *propter nuptias*. — Cf. *F. de Béarn*, 264, 262; F. de 1552, r. *de marit*, 15. Bord., *AC*, 114. Montpellier, 1205, 14 : consentement des père et mère ou, à défaut, des parents de la femme. Salon, dans Giraud, 2, 254 (serment). — La C. de Toulouse, 110, permet aussi à la femme de s'obliger pour le mari, sauf à lui accorder un recours privilégié comme en ce qui concerne sa dot. — Gide, 2e édit., p. 392.

(3) On a proposé de nos jours une formule inconnue de nos anciens auteurs : la femme dotale serait incapable d'aliéner plutôt que le fonds ne serait indisponible. Mais tant que le mari a été regardé comme propriétaire de la dot, il ne pouvait guère être question d'incapacité de la femme. Il est

conséquence de la renaissance du droit romain au douzième siècle et sans doute la pratique s'associa-t-elle volontiers à la théorie dans le but de ménager aux familles des ressources assurées, intangibles. Il n'était permis d'aliéner la dot que dans des cas exceptionnels : *a*) avec la permission de justice, par exemple pour tirer le mari de prison ou procurer des aliments à la famille; *b*) en vertu d'une clause du contrat de mariage, prescrivant ou non le remploi (1) En dehors de ces cas, l'aliénation était nulle de plein droit, sans lettres de rescision. Durant le mariage, la femme ne pouvait se prévaloir de la nullité à cause des droits du mari sur la dot; mais à partir de sa dissolution, elle avait trente ans pour l'invoquer. Quant au mari, si on lui refuse d'ordinaire le droit de revenir sur son propre fait en évinçant l'acquéreur, il y a pourtant une tendance à lui accorder l'action en nullité, tendance qui cadre avec la reconnaissance de la propriété de la femme.

Les **obligations** contractées par la femme durant le mariage ne pouvaient s'exécuter sur le fonds dotal (2), même quand le mariage avait cessé, sans quoi les époux auraient eu un moyen bien simple de tourner la règle de l'indisponibilité de la dot (3). D'ailleurs, sur ce point, il y a lieu de tenir compte du sénatusconsulte Velléien ; on sait qu'il défendait aux femmes, mariées ou non, d'intercéder pour autrui (4) ; à l'époque de Justinien, cette prohibition s'appliquait surtout dans les rapports entre époux; car, d'après l'Auth. *Si qua mulier*, en dehors du cas où elles s'obligeaient pour leurs maris, les femmes étaient autori-

vrai que le sénatusconsulte Velléien rendait la femme incapable de s'obliger en particulier pour son mari, mais cette incapacité atteignait la femme paraphernale, non la femme dotale, qui ne pouvait engager sa dot même pour son compte. Aussi on a toujours distingué le Velléien de l'inaliénabilité dotale. On renonce au Velléien, non à l'inaliénabilité. Louet, 12, 3. L'Edit de 1606 abrogea le Velléien sans toucher à l'inaliénabilité. Henrys, I. 4, q. 104. Le Velléien ne pouvait pas être invoqué sans lettres de rescision, et on devait agir dans les dix ans, tandis que l'inaliénabilité opérait *de plano*, et on avait trente ans pour la faire valoir. Despeisses, 2, 2, 1, 7. Roussilhe, 1, 399. L'un est un statut personnel, l'autre un statut réel. Roussilhe, 1, 373. Mongin, *R. crit.*, 1886, 92. *NRH*, 1888, 343. Ginoulhiac, p. 143.

(1) La femme peut aussi donner ses biens dotaux pour établir ses enfants.

(2) Il en était autrement des obligations *ex delicto*.

(3) Du Périer, *Quest.*, 1, 3. Roussilhe, nos 379 et suiv.

(4) Ci-dessus, p. 156, t. II. Toulouse, 68, 69, 71, 74, 109, 110, 130 et suiv. Italie. cf. Lattes, p. 245.

sées à renoncer au bénéfice du sénatus-consulte : et en fait les renonciations étaient fréquentes. La femme qui était incapable de s'obliger même sur ses paraphernaux dans l'intérêt de son mari, l'était à bien plus forte raison en ce qui concernait ses biens dotaux. L'édit de 1606 abrogea le Velléien, mais il ne parvint pas à en empêcher l'application dans les pays de droit écrit : il n'eut force de loi que dans ceux qui étaient compris dans le ressort du Parlement de Paris, et là même il ne présentait pas grande utilité dans les cas nombreux où tous les biens de la femme étaient constitués en dot : pour que les promesses qu'elle contractait au profit de son mari eussent quelque valeur, il fallut lui permettre d'engager et d'aliéner sa dot ; et c'est ce que fit, dans l'intérêt du commerce, une Déclaration d'avril 1664 (1).

La **dot mobilière** consistait en argent ou en corps certains. Au premier cas, elle donnait lieu fréquemment à la *clause d'emploi* insérée dans le contrat de mariage et dont l'effet était de substituer un fonds dotal à la dot en argent (2). Les corps certains estimés (meubles ou immeubles) devenaient la propriété du mari, car *estimation vaut vente*. C'est à propos des corps certains non estimés que se posait la question de l'**inaliénabilité de la dot mobilière** (3), question à laquelle l'accroissement de la fortune mobilière a donné de nos jours un intérêt considérable. En général, le mari avait le droit de disposer des meubles corporels et des créances (4) : cependant le Parlement de Bordeaux le lui refusait, parce qu'il ne lui reconnaissait pas la propriété de la dot ; il n'en permettait pas même l'aliénation aux deux époux agissant conjointement (5). Mais dans tous les pays de droit écrit (sauf dans ceux du ressort du Parlement de

(1) Bretonnier, *Quest.*, v° *Dot* (elle fut rendue à la sollicitation du receveur général de Lyon qui voulait avoir plus de garanties de la part de ses sous-fermiers en faisant obliger leurs femmes). Henrys, 4, 3, 8.

(2) Dig., 23, 3, 54. Cf. 27e plaid. de d'Aguesseau. Roussilhe, nos 184 et suiv. Benech, *Emploi et remploi de la dot*, 1847.

(3) Analyse de l'ancienne jurisprudence. Tessier, *Quest. s. la dot*, 1852. Lescœur, *R. crit.*, 1875, 380. Wallon, Thèse, 1877.

(4) Roussilhe, nos 226, 233, 238, 257, 265, 266 (éd. Sacase). Serres, 2, 8. Cf. *Petrus*, 1, 34. La question n'aurait pas eu grand intérêt pratique, si l'on avait appliqué la maxime : *En fait de meubles possession vaut titre* (au moins pour les meubles corporels), mais cf. sur ce point les variations de l'ancien droit, ci-dessus, p. 220, t. II.

(5) Lescœur, p. 391. Wallon, p. 195. — Cf. *F. de Béarn*, r. *de marit*, 15.

Paris depuis la Déclaration d'avril 1664) il était reçu que la femme ne pouvait compromettre la restitution de sa dot mobilière en renonçant à sa créance contre son mari ou à l'hypothèque qui la garantissait (1). En ce sens, la dot mobilière était inaliénable à l'égard de la femme (2). Praticiens et Parlements, s'inspirant de l'esprit des lois romaines, avaient étendu aux meubles, dans la mesure où la nature de ces biens le comportait, ce que celles-ci décidaient par rapport au fonds dotal (3).

L'**hypothèque** (4) qui garantissait la restitution de la dot (5) portait sur tous les biens du mari (6). Elle datait du contrat de mariage, en supposant qu'il fût authentique, sinon du mariage lui-même (7). Il en résultait que la femme, pour la restitution de sa dot, était préférée aux créanciers du mari, mais seule-

(1) Roussilhe, n°s 238, 303, 314. Julien, *Elém.*, 1, 4, 28. Despeisses, 3, 29. Bord., *AC*, 113. Italie (Lattes, p. 244) : dès le douzième siècle, renonciation de la femme à son hypothèque lorsque le mari aliène un de ses biens; elle déclare que les autres biens du mari suffisent pour assurer la restitution de sa dot, ou le mari lui assigne d'autres biens en garantie.

(2) Les Romanistes s'occupaient de la question, en particulier à propos de la L. 30, Cod. Just., *de j. dot.*, 5, 12 : Justinien y déclare que *naturali jure* les meubles dotaux appartiennent à la femme, mais *secundum legum subtilitatem* au mari. Bartole dans sa Lect. s. l'Auth. *Sive a me* tirée de la Nov. 61 et insérée à la suite de la c. 21, Cod. Just., *ad Sen. Vell.*, 4, 29, soutient que la Nov. 61, modifiant le droit du Code et du Digeste, interdit l'aliénation des *res dotales quae servari possunt.* Cf. aussi sur la L. 1, Dig., *Sol, matr.*, n° 18, et sur le Cod. Just., 5, 13, 1. Sur ces textes et sur la L. 30, cf. Cujas. Domat, 1, 9, 1, 30. Détails dans Wallon, p. 133 *Dissens. dom.*, p. 202.

(3) D'Olive, 3, 28. Mallebay de la Mothe, *Quest.*, B., n° 14.

(4) Emprunt aux lois romaines. Dans la Cout. de Toulouse, 118, 153 (Casaveteri, f° 48), elle se présente sous la forme d'un assignat établi sur les biens du mari par les consuls ou le viguier : *pro necessariis* (art. 119), *dotibus et dotalitiis. F. de Béarn*, éd. Mazure, 254, 271 ; F. de 1552, r. *de marit*, 6. Ci-dessus, p. 560, t. II. *Siete Part.*, 4, 11, 17. Lattes, p. 241. Cf. communauté. Comme les immeubles seuls étaient atteints par l'hypothèque, on accorda à la femme un privilège sur les meubles du mari. Bretonnier, v° *Meubles*. B. d'Argis. *Gains nupt.*, t. 23. Enfin, le payement de la dot était aussi garanti par une hypothèque sur les biens du constituant. *Dissens. dom.*, 3, 103, 401, 582.

(5) Toulouse, 116, permettait d'établir des fidéjusseurs. Casaveteri, f° 45 v°. D. Vaissete, 5, 402 (a. 1083). Cf. ci-dessus, p. 435, t. II. Même usage en Espagne. *Secùs*, Cod. Théod., 3, 15. Cod. Just., 5, 20. *Dissens. dom.*, p. 443.

(6) Même substitués (à titre subsidiaire). Ord. 1747, 52-53.

(7) Décret forcé ou volontaire purge l'hypothèque de la dot, faute d'opposition à la saisie, au moins avant l'Edit de 1771. Sur cet Edit., cf. Roussilhe, n° 312. Ci-dessus, p. 559, t. II.

ment aux créanciers postérieurs au mariage. Dans le ressort du Parlement de Toulouse on suivait une constitution de Justinien, la célèbre loi *Assiduis*, qui faisait passer la femme avant les créanciers à l'hypothèque antérieure au mariage (1), mais avec une correction ; il était permis à ceux-ci d'écarter la priorité de la femme en la prévenant de l'existence de leurs droits avant la célébration du mariage (*dénonce*) (2).

Séparation de biens. — La femme pouvait demander la restitution anticipée de sa dot quand le mari devenait insolvable (*vergit ad inopiam*) (3). En vertu d'une sentence judiciaire, elle reprenait la gestion et la jouissance de ses biens dotaux, mais on l'obligeait à faire emploi des meubles (4) dont la conservation n'était plus garantie par une hypothèque sur les biens du mari. Le fonds dotal était toujours inaliénable, la femme incapable de s'obliger sur sa dot. Comme elle recouvrait l'exercice de ses actions, toutes les prescriptions couraient désormais contre elle (5).

Le régime matrimonial que nous venons d'esquisser se complétait par des gains de survie (6), des droits de succession, des donations entre époux dont il a été question plus haut.

La **comparaison** entre le **régime dotal** du midi et la **communauté** des pays de Coutumes est depuis longtemps classique (7).

(1) L. 12, Cod. Just., *qui pot.*, 8, 18 (p. 531). *Secùs*, Toulouse, 109, 110, 111. Priorité des créanciers envers qui les deux époux se sont obligés, *ib.*, 71. Lattes, p. 242. Difficultés dès l'époque des glossateurs; cf. Azon, *Summa Cod., ad l. Qui pot.* Bartole, sur l. *Assid.* Haenel, *Dissens. Domin.*, p, 104, 438, 582.

(2) Soulatges, *Cout. de Toul.*, 1, 250. Ferrière, v° *Dot.* Argou, 3, 8. Serres, 4, 4, 29. Cf. Bret., *AC*, 410 (d'Argentré), et *NC*, 439.

(3) Dig., *sol. matr.*, 24. *Petrus*, 4, 54 (défense d'aliéner ce qu'elle reçoit). *Decis. Cap. Tolos.*, 339. G. Durand, p. 467. *Siete Part.*, 4, 11, 29. Lattes, p. 244.

(4) Julien, *Elém.*, 1, 4, 36 et suiv. Laviguerie, *Arrêts inédits*, 1, 254.

(5) Roussilhe, n°s 433, 491 et suiv. (elle n'a pas besoin d'autorisation), 497. Bretonnier, v° *Dot.* Cf. Viollet, p. 804.

(6) *Gain de survie* ou don réciproque que les futurs se font au profit du survivant, surtout dans les pays où il n'y a ni augment ni contre-augment. Roussilhe, n° 597. *Siete Part.*, 4, 11, 23 et suiv. *F. de Béarn*, r. *de marit*, 10. Ginoulhiac, p. 147 : le mari survivant gagne la dot à Toulouse, Bordeaux, Agen, Montpellier. Cf. ci-dessus, p. 735, t. II. Sur l'augment, p. 739, t. II. *Add.* Ginoulhiac, p. 97, 129, 149. Brandileone, *Stud. prel. s. svolg. d. rapporti patrim. fra conjugi in Italia*, 1901 (*Arch. giur.*).

(7) Il y a toute une littérature sur ce sujet. Dramard, *Bibl. du Code civil*, p. 215. Troplong, *Contr. de mar.*, Préf., 1851. Sacase, Préf. à son édition de Roussilhe, *Dot*, 1856. Sur les projets révolutionnaires, cf. Sagnac,

Pasquier disait déjà : « *Interrogez ceux qui sont nourris au pays de droit escrit ; ils vous diront que la séparation de biens est sans comparaison meilleure que la communauté, et ceux du pays de coustume donneront leurs arrest en faveur de la communauté de biens : tant a de tyrannie sur nous un long et ancien usage.* » Chacun de ces régimes a ses avantages et ses inconvénients ; ils répondent à des situations différentes. C'est ce qui explique leur maintien dans notre Code ; P. Gide fait ressortir en excellents termes les mérites du régime dotal : S'il est vrai que, pour le bon gouvernement d'un ménage, comme pour celui d'un Etat, il faille combiner dans une juste mesure le principe de conservation et le principe de progrès, jamais cette combinaison, dans l'ordre domestique, ne fut plus heureusement réalisée que par le régime dotal. Ce régime fait deux parts dans la fortune du ménage, l'une immobile, immuable, doit constituer pour la famille un fonds de réserve, c'est la dot de la femme : l'autre, abandonnée à la libre disposition du chef de ménage, peut se transformer, s'accroître, servir d'aliment au commerce et à l'industrie : c'est la fortune du mari. » Il n'est pas défendu d'en faire autant sous le régime de la communauté ; mais tout dépend alors de la prudence et du bon vouloir des époux. En adoptant le régime dotal, ils se lient les mains par avance ; ils prennent des précautions contre eux-mêmes, contre leur imprévoyance ou leur inexpérience, et dans nombre de cas, c'est plus sûr. Il est vrai qu'en exonérant la fortune de la femme de tout risque de perte, on la prive de tout bénéfice ; mais ce résultat peut être évité par la stipulation d'une société d'acquêts.

On pourrait également rendre le régime dotal plus souple en permettant toujours l'aliénation du fonds dotal, à charge de remploi en immeubles, rentes sur l'Etat ou autres valeurs sûres (c'est ce que les parties faisaient déjà autrefois dans les clauses de leurs contrats de mariage) ou même sans remploi, avec l'auto-

p. 295, 376. Locré, *Législ. civ.*, 13, 127. Le projet de Code civil, art. 138, défendait même de stipuler l'inaliénabilité. Le déclin du régime dotal en France semble attesté par les statistiques récentes (1899, 1900). Planiol, *Tr. de dr. civil*, 3, 234. J. Bressolles, *Des rég. matrim. actuellement pratiqués dans le pays toulousain*, 1880. Au dire des praticiens, son abandon tient surtout aux entraves qu'il apporte aux actes les plus utiles et au préjudice qu'il cause par là aux époux ; il prête à des fraudes ; enfin en adoptant la communauté, on fait l'économie d'un contrat de mariage. Homberg, *Abus du régime dotal*, 1849. Gide, p. 489.

risation de justice (c'est ce qui n'était admis qu'à titre exceptionnel) On se rapprocherait ainsi du régime de communauté où la dot est aliénable, mais où sa restitution est cependant assurée par un système de remplois et de récompenses. Ou encore du régime exclusif de communauté qui n'est qu'un régime dotal, avec tous les biens dotaux, moins l'inaliénabilité, comme la séparation de biens est un régime dotal avec tous les biens paraphernaux.

5. — La **Société d'acquêts** se combine avec le régime dotal romain dans le Bordelais (1), à Bayonne, dans le Labourt, la Soule (2), en Navarre (3), en Espagne (4). Elle se rattache dans la région espagnole aux lois wisigothiques (5), et peut-être ces lois ont-elles laissé les germes dans le sud-ouest de la France (6).

(1) Sur la C. de Bordeaux, cf. Coutumes, t. I. Commentaires : Ferron, 1540; De Lurbe, 1612, 1701; Automne, 1621, 1737; Dupin, 1746; La Mothe, 1768 (voir Camus, n° 1205). Salviat, *Jurispr. du Parl. de B.*, 1787. Tessier, *Soc. d'acq.*, éd. Deloynes, 1880. *Acad. lég. Toulouse*, 7, 521; 9, 533. — Glasson, 7, 390.

(2) Seizième siècle : Bayonne, 9, 24. Labourt, 9, 1. Sole, 24. 1 (acquêts et apports). Ci-contre, p. 763, t. II (mariage de soult et soulte en Bigorre). *F. de Béarn*, 255 et suiv. (éd. Mazure, p. 99) : la femme n'a pas droit aux acquêts (ce qu'on n'aurait pas constaté peut-être si le For n'était sur ce point en opposition avec le droit antérieur).

(3) Desdevises du Dézert, *R. des Pyrénées*, 1890, 804 (*conquistas*, *bienes de ganancia*). *F. de Navarre*, r. 25 (le survivant de ceux qui se marient *soit à solte* recueille tous les biens du prédécédé, à défaut d'enfants).

(4) Du F. Juzgo la société d'acquêts a dû passer dans les fueros locaux, par exemple elle se trouve dans le F. de Cuenca, fin du douzième siècle (Antequera, p. 157), avec cette particularité que le partage des acquêts se fait par moitié, quel que soit l'apport des conjoints. De même dans le F. Real, 3, 3 (*de las ganancias*). Omise dans les *S. Partidas*, la société d'acquêts reparaît dans les lois de Toro et passe de là dans les lois postérieures. Lehr, *El. de dr. esp.*, t. I, p. 120. — En Portugal, il existe une communauté universelle entre époux depuis le douzième siècle (au moins dans les classes inférieures). *Rhdr.*, 1858, p. 132. De même en Biscaye, *hermandad* entre époux. — Sardaigne, *Carta de Logù*, 162.

(5) Particularités dans le F. Real qui attestent la filiation wisigothique de la société d'acquêts : gains réalisés dans une expédition aux frais du roi, etc. Cf. ci-dessus, p. 727, t. II. Il est vrai que le Code de Recceswind partageait les acquêts en proportion de l'apport de chaque conjoint. Mais le changement qui s'est produit sur ce point peut s'expliquer par la difficulté de prouver la consistance de cet apport et par le besoin de simplifier. Cf. Walter, 1, 495, note *o*, sur *L. Wisig.*, 4, 2, 11 (partage par moitié). L'éd. Zeumer ne dit rien de ce passage; cf. *N. Archiv.*, 26, 107. Dahn, *Westgot. Stud.*, 127.

(6) On pourrait aussi penser qu'il y a eu dans le sud-ouest de la France formation spontanée de la société d'acquêts, en partant du droit franc. Ci-

En tous cas, son existence est attestée à Bordeaux dès le douzième siècle (1). En 1206, un privilège de Jean sans Terre supprima le droit de la veuve à la moitié des acquêts (2), mais il n'alla pas jusqu'à interdire de le lui attribuer par une stipulation expresse. La société d'acquêts devint alors, mais seulement dans la ville de Bordeaux auquel le privilège fut restreint (3), un régime conventionnel. Jusque-là elle y était le régime de droit commun (4) et elle ne cessa pas de l'être dans le Bordelais ; en l'absence de convention (5), les époux étaient mariés sous la société d'acquêts, la femme n'avait pas de paraphernaux et était soumise sans réserve à la puissance maritale, ce qui faisait un saisissant contraste avec le régime romain en vigueur dans le reste du midi (6). Une fois la Coutume entamée par le privilège de 1206,

dessus, p. 729, t. II. — En tout cas, elle n'a pas une origine romaine, ainsi qu'on le croyait autrefois ; car les lois romaines d'où on l'aurait tirée pour en faire une clause de style (Dig., *pro soc*, 17, 2, 7 et suiv.) ne figuraient pas dans le Bréviaire d'Alaric, et le droit justinien n'était pas encore assez connu dans le Bordelais au douzième siècle pour qu'on ait pu tirer une institution aussi importante de quelques textes perdus dans le Digeste ; pourquoi, d'ailleurs, ces textes n'auraient-ils engendré la société d'acquêts qu'à Bordeaux ? Notons enfin que le régime bordelais diffère beaucoup à d'autres égards du régime romain ; la femme n'a pas de paraphernaux et elle est sous la puissance maritale. — Enfin, la C. de Bordeaux n'a pas emprunté la société d'acquêts aux pays coutumiers voisins, car on n'y connaissait que la communauté de meubles et d'acquêts.

(1) Arg. Privil. de 1206 : *sicut capere consuevit*.

(2) *AC, Bord.*, 202 : *concessimus hominibus nostris ad petitionem eorumdem quod mulier, viro suo mortuo, non capiet medietatem de acquisitionibus viri sui post ejus decessum*, sicut capere consuevit *sed suo maritagio sit contenta*. Pour quel motif ce privilège fut-il demandé ? Faut-il l'expliquer par l'influence du droit anglais ou du droit romain ? Le texte est muet. Ce privilège laissait subsister le droit aux acquêts au profit des enfants en cas de prédécès de la mère. Plus tard, une stipulation formelle fut exigée pour les héritiers de la femme comme pour la femme. Bord., *AC*, 82 et suiv., 108 et suiv. ; *NC*, 70 et s.

(3) Même restriction pour l'exclusion de la fille dotée de la succession paternelle. *AC*, 76, 202.

(4) Elle l'était aussi à Bayonne, Labourt, Soule, Navarre.

(5) *Add.* Gains de survie, oscle. *AC*, 98, 104, 111, 113. *NC*, 47, 49. Réserve contractuelle des acquêts ou attribution de la totalité des acquêts en propriété aux enfants à naître du mariage, le survivant n'en ayant que l'usufruit. Tessier, n° 302.

(6) Autres dispositions de la C. de Bordeaux qui se rattachent au droit coutumier : *a*) Communautés entre frères ou cousins non nobles ; *AC*, 13-18, 56-68, 74, 85-88, 96, 97, 111, 112, 143, 244, 245. — *b*) Retrait lignager. — *c*) Règle : *Paterna paternis*. — *d*) Réserve, deux tiers pour les roturiers, un tiers pour les nobles. — *e*) Saisine héréditaire. — *f*) Aînesse (au profit des

la pratique élargit la brèche et tendit à faire prévaloir le droit romain, sans réussir cependant à abolir la société d'acquêts. Peu à peu, la règle établie pour la ville s'appliqua au pays environnant : le changement est constaté dans la Nouvelle Coutume de 1520 : le régime dotal est de droit et la société d'acquêts n'existe qu'en vertu d'une stipulation particulière (1); elle est devenue l'accessoire du régime dotal. En même temps, les biens paraphernaux (2), inconnus de l'ancienne Coutume, se distinguaient des biens dotaux (3) : le mari en eut l'administration (4), comme il avait celle de la société d'acquêts, mais la femme, soustraite pour ces biens à la puissance maritale, acquit le droit d'en disposer sans autorisation. Ainsi se déforma le vieux régime bordelais, et c'est dans cet état que l'ont conservé l'article 1581 du Code civil et la pratique du sud-ouest de la France (5).

§ 4. — *Communauté de biens entre époux* (6).

I. — Origine de la communauté de biens entre époux. —

fils ou des filles). — A côté de ces règles s'en trouvent d'autres d'origine romaine : la puissance paternelle, la légitime, la Falcidie, l'exhérédation, etc. — L'AC, ne parle pas, comme la NC., 43, de l'obligation pour le père de doter sa fille.

(1) *NC*, 26. Attest. du 13 juillet 1715 et du 12 février 1746.

(2) C'est-à-dire ceux que la femme acquiert depuis le mariage.

(3) *AC*, 61, 64, 66, 80, 85, 112.

(4) *NC*, 42. Dans le droit écrit, les fruits des paraphernaux appartiennent à la femme.

(5) *AC*, 114 : la vente de l'héritage de la femme n'est valable qu'avec le consentement du mari et si celui-ci a des biens sur lesquels la femme puisse en recouvrer la valeur, 56, 103, 174. Cf. *NC*, 53 et (Lamothe), t. II, p. 128 : la femme peut l'aliéner seule, *salvo jure mariti*.

(6) Bibliographie. — Loisel, 111 et suiv. Pasquier, *Inst.*, p. 358. L'Hommeau, 117. D'Argentré, s. Bret., tit. des mariages. Charondas, *Pand.*, 2, 5. Coquille, s Niv., t. 23. *Comment. s. les Coutumes*, not. s. Paris, 220 et suiv.; bibl. dans Ferrière. Guénois, *Conf. des Cout.*, f° 549. Lamoignon, *Arr.*, p. 381 et 232. Lebrun, *Tr. de la Communauté*, ouvr. posthume, 1709, 1754. Renusson, *id.*, 1712, 1723. Pothier, *id.*, 1770. Bourjon, t. 1, p. 506, éd. 1770. Fleury, *Inst.*, t. 1, p. 363. Argou, 3, 4. P. de la Janès, t. 2, p. 39. Poullain du Parc, 3, 5. Brillon, Denisart, Ferrière, Guyot, v^is *Comm.*, etc. Britz, p. 824 (Belgique).

Ginoulhiac, Laboulaye, Gide. *op. cit.*, p. 1078. Klimrath, *Œuvres*, I, 38. Kœnigswarter, *R. Wolowski*, 1843, 393. D'Olivecrona, *Rhdr.*, 1865, p. 169 et s. Viollet, p. 658. Buche, *NRH*, 1884, 639. Glasson, 7. 356. Beaune, Biens, 457. Lefebvre, *La Cout. fr. du mar. au temps de saint Louis*, 1901; *Leç.*

Caractères distinctifs de ce régime. — Le régime de droit commun, au début de l'époque féodale, en pays coutumier, soumettait les biens de la femme à l'administration et à la jouissance du mari; on peut dire en ce sens qu'ils étaient tous dotaux; tous les acquêts appartenaient au mari; la femme, étroitement soumise à la mainbournie maritale, n'avait droit qu'à des gains de survie et à la reprise de son apport immobilier, lorsque le mariage venait à se dissoudre. Sous ce régime, comme sous la communauté, les biens des époux ne formaient qu'une masse unique entre les mains du mari. Mais il lui manquait les deux traits essentiels auxquels se reconnaît celle-ci : *a*) la transmissibilité du droit de la femme à ses héritiers; en cas de dissolution du mariage par son prédécès, ses héritiers prennent la part à laquelle elle aurait eu droit, si elle avait survécu; *b*) durant leur vie, les époux sont regardés comme copropriétaires, comme associés pour la perte et le gain (1). Si les relations juridiques

d'introd., 1900. Typaldo-Bassia, *La communauté de biens conjugale dans l'ancien droit français*, 1903. — Thèses sur le droit des gens mariés: Bourgogne (Robin, 1900), Franche-Comté (Pidoux, 1902), Marche (Fontaine, 1900), Bretagne (Jamont, 1901), Poitou (Viollet, 1902), Lorraine (Schubert, 1901); d'après Beaumanoir (Plivard, 1901). Chéron, Thèse, 1901 (*Uxor non est proprie socia*). Siramy, *id.* (*Autoris. maritale*). Masse, *id.*, 1902 (*Caractère juridique de la communauté entre époux*). Saguez, *Dr. des gens mariés dans la Coul. d'Amiens*, 1903.

Stobbe, § 224. Heusler, § 149. Huber, 4, 424. Schrœder, 723. Ficker, § 1180. Ci-contre, 716, t. II. — Pollock et M., 2, 397. Pertile, 3, 349. Salvioli, p. 350. Brünneck, p. 6 (Sicile). Finocchiaro, *Communione dei beni*, 1902.

(1) On discute beaucoup de nos jours sur la **nature juridique** de la communauté. Cf. not. Stobbe, IV, 215. Les diverses opinions qui se sont produites représentent des tendances particulières de certaines législations ou des phases de l'évolution de ce régime. Nos anciens auteurs ne se sont pour ainsi dire pas préoccupés de la question; ils se contentent de décrire et de réglementer les rapports entre époux sans chercher le principe unique auquel ils pourraient rattacher cette réglementation; pour eux, la communauté est une société civile *sui generis*, avec des règles spéciales tenant à la situation spéciale des conjoints. — Voici un aperçu des principaux systèmes proposés : 1° *Le mari est seul propriétaire* des biens communs; la femme n'a qu'un droit éventuel pour le cas où il en resterait à la dissolution du mariage (comm. *mortis causa*). Cf. ci-après. C'est la tendance des Coutumes françaises. Néanmoins, on n'a pas autorisé le mari à disposer par testament de la communauté. 2° Il y a *copropriété ou indivision* entre époux; mais aucun des communistes ne peut réclamer sa part ou en disposer; les dettes du mari grèvent la part de la femme comme la sienne, etc.; on n'applique presque aucune des règles de l'indivision romaine. 3° La communauté constitue une *personne morale;* il en résulterait, par exemple,

étaient gouvernées par la pure logique, le mari serait tombé au rang d'un simple gérant chargé de l'administration des biens communs dans l'intérêt de la famille. Situation modeste que les maris d'autrefois ne pouvaient accepter, à supposer que les femmes eussent songé à la leur imposer, car c'eût été abdiquer leur pouvoir domestique. Aussi conservèrent-ils presque entière leur autorité : tous les biens de la femme furent dotaux comme autrefois et remis entre leurs mains. Il en résulte que le passage d'un régime à l'autre fut à peine sensible ; les anciens textes sont très imprécis ; question embarrassante que celle de savoir s'ils visent ou non le régime de communauté ! Jusqu'à la fin de l'ancien droit, on peut dire, malgré ce qu'il y a de paradoxal dans l'expression, que le régime qui se rapproche le plus de la communauté est le régime exclusif de communauté ; cela est si vrai, qu'à défaut de communauté c'était ce dernier régime que les époux étaient censés avoir adopté. Dans la communauté, dit-on, la femme est intéressée à la prospérité du ménage ; cela est exact ; mais elle ne l'était pas beaucoup plus dans la communauté, quand elle n'avait droit qu'au tiers, que dans le régime exclusif de communauté avec un gain de survie d'un tiers également ; la transmission à ses héritiers de ses droits de copropriété constituait la seule différence pratique entre ces deux cas. A ses origines donc, la communauté se sépare à peine du régime de biens entre époux de l'époque barbare. Mais une évolution, due tout entière à la jurisprudence et à la pratique (1),

qu'après la dissolution de la communauté, les créanciers de la communauté passeraient sur les biens communs avant les créanciers personnels des époux ; il n'y a dans l'ancien droit aucune trace de ces idées. 4° Ce serait une copropriété germanique, *zu gesammter Hand ;* cette théorie peu nette (cf. ci-dessus, p. 247, t. II) supposerait que les deux époux devraient agir *communi manu ;* mais comme cela n'est vrai que par exception, il faut faire intervenir l'idée d'unité de mains (*Einhand*), ce qui désorganise le principe. Cf. le passage souvent cité de Justus Veracius, *Libellus consuetud. princip. Bamberg* (1681), 1733, p. 59 : *sic utriusque conjugis bona confunduntur, ut quivis eorum totius patrimonii in solidum dominus sit... et maritus et uxor jure dicere potest : totum patrimonium meum est.*

(1) L'évolution du régime de la communauté se caractérise, à nos yeux, par l'affirmation et la protection de plus en plus énergique des droits de la femme. Beaucoup l'entendent autrement. On prétend que la femme fut d'abord presque l'égale de l'homme (au treizième siècle, elle s'engage valablement pour le temps qui suit le mariage, elle remplace le mari incapable ou absent). Chéron, Thèse, p. 17 : « les sentiments chrétiens et les mœurs chevaleresques élevaient la femme au niveau de l'homme, lui assuraient, en

modifia ses caractères primitifs en multipliant les garanties et les privilèges dans l'intérêt de la femme pour servir de contre-poids aux pouvoirs très étendus du mari (1). Au lieu d'instituer entre époux une égalité mathématique, ce qui eût abouti à l'exploitation du faible par le fort, on leur fit des situations

fait, un rôle actif d'associée en second et de conseillère quant aux biens. » Gauthier, *Chevalerie*, p. 358. Gide, 470. Lecoy de la Marche, *La chaire fr. au moyen âge*, p. 400. Cf. Viollet, *Et. de saint Louis*, t. I, p. 147. Glasson, 7, 367. Au seizième siècle, sous l'empire des idées romaines, elle serait déchue de ce rang, elle aurait été frappée d'incapacité et mise en tutelle. La communauté aurait perdu son caractère originaire de société entre égaux ; les pouvoirs du mari se seraient démesurément accrus avec l'incapacité de la femme ; et cependant rien n'était plus faux que cette prétendue faiblesse et inexpérience du sexe, puisque filles et veuves étaient capables. » La communauté arriva à n'être plus, au dix-huitième siècle, une société que de nom, comparable à une balance folle qui, inclinée tantôt à droite, tantôt à gauche, ne trouve jamais son équilibre ; institution boiteuse dont on a pu dire à juste titre : « C'est la femme que la communauté opprime tant qu'elle dure, c'est le mari lorsqu'elle est dissoute. » Fenet, XIII, p. 707 (rapp. de Duvergier). Chéron, Thèse, p. 58. Il y aurait incompatibilité, d'après ces idées, entre l'incapacité de la femme et la société de biens. On prend à la lettre la formule de Pothier (*droit informe*), et on l'oppose au droit ancien, suivant lequel la femme capable était une associée véritable, quoique subordonnée au mari. Ci-après. On répète à satiété que si la femme mariée est incapable, ce n'est point parce qu'elle est inférieure au mari. Apparemment, ce n'est pas non plus parce qu'elle lui est supérieure. Egale de l'homme, elle eût été aussi souvent que lui le chef du ménage. Mais les mœurs faisaient d'elle une mineure perpétuelle. Chasseneuz rapporte que, de son temps, quand une femme mariée passait auprès d'un homme, l'usage voulait qu'elle se cachât la moitié du visage par modestie. Comment s'étonner qu'après ce trait et d'autres semblables que les jurisconsultes aient eu à se préoccuper de la *fragilitas sexus*, de l'inexpérience des femmes. Les filles et les veuves n'étaient pas dans la même situation que les femmes mariées ; elles risquaient de se nuire à elles-mêmes, et c'est tout ; les femmes mariées risquaient de nuire à leur famille, on a dû prendre plus de précautions contre elles. Là où beaucoup n'aperçoivent qu'une fâcheuse rétrogression, je ne vois que la continuation d'un état de choses plus ancien. On a songé à frapper la femme d'incapacité, à l'obliger à se munir, pour tous les actes, de l'autorisation maritale, le jour où a disparu le régime archaïque qui rendait à peu près indisponible le patrimoine familial. Etant donné ce point de départ et les mœurs d'autrefois, la marche de notre ancien droit se comprend beaucoup mieux. *AC. Bord.*, 66.

(1) Séparation de biens, droit de critiquer les aliénations faites en fraude de ses droits, renonciation à la communauté, bénéfice d'émolument, prérogatives dans l'exercice des reprise, hypothèque légale : telles sont les armes accordées à la femme contre son mari, et il est aisé de voir, par cette simple énumération, qu'elle n'est point sacrifiée. Le mari a tous pouvoirs, mais il est retenu à chaque instant par le sentiment de sa responsabilité.

égales par une ingénieuse combinaison de droits divers, mais équivalents. C'est parce qu'à l'origine la communauté ne différait pas beaucoup du régime qui l'avait précédée, qu'elle retint, à côté d'elle, des institutions beaucoup plus en harmonie avec ce régime abandonné, le douaire et le don mutuel. Dans le Code civil (1), le douaire a disparu; la communauté, restreinte autrefois au pays coutumiers, est devenue le régime de droit commun de la France entière. On n'en a pas modifié les bases; le mari n'a pas cessé d'en être le chef; mais il n'est plus regardé que comme un gérant avec de larges pouvoirs; il ne serait plus exact de dire qu'il est le maître et seigneur de la communauté; il ne peut plus donner entre vifs les biens communs. C'est là un progrès: il avait été, d'ailleurs, à moitié réalisé par l'ancien droit. Il serait malaisé d'aller beaucoup plus loin dans cette voie, en augmentant les droits de la femme, comme quelques-uns le demandent, sans risquer de détruire l'équilibre établi entre les époux par un système tout de compensations.

2. — **Date de la communauté.** — S'il est vrai qu'à ses débuts la communauté n'a pas été un fait considérable (2), on doit s'attendre à ce qu'elle passe inaperçue dans les premiers temps de l'époque coutumière. L'examen des documents ne dément pas cette conjecture (3). On en trouve de rares mentions au douzième siècle (4): les chartes des communes du nord, comme celle de

(1) Le premier projet de Code civil de Cambacérès, 1793, art. 11 (Fenet, I, 20), donnait aux deux époux un droit égal à l'administration de leurs biens; la femme pouvait l'exercer aussi bien que le mari. Cette règle, basée sur l'idée que l'inégalité des sexes n'était qu'un préjugé, fut abandonnée par Cambacérès lui-même dans son troisième projet, de messidor an IV, comme contraire à l'ordre naturel et propre à engendrer des débats. Sagnac, p. 294. Cf. Travaux prép. du C. civ.

(2) Cf. sur les textes allemands, Schroeder, II, 2, 2; II, 3, 390 et suiv.; Stobbe, 4, 118 (incertitudes). La comparaison avec le droit allemand est, ici comme dans beaucoup d'autres cas, d'une grande utilité, parce qu'on y trouve, comme dans un musée d'archéologie, des formes disparues ailleurs, des règles de transition, des anomalies et des exceptions qui permettent de mieux suivre la marche de nos propres institutions.

(3) Ci-dessus, p. 778, t. II (Société d'acquêts). Chez les Scandinaves, vers le douzième siècle. D'Olivecrona, p. 31. *Saga de Nial*, tr. Dareste, p. 3.

(4) *Cart. de Cluny*, a. 937, n° 476 : une femme donne à son mari sa moitié dans les conquêts. Cf. ci-dessus, p. 729, t. II. Fribourg en B., 1120, art. 15 Giraud, *Essai*, I, 123) : *Omnis mulier est* genoz *viri sui in hac civitate et*

Laon, 1128, c. 13, parlent d'une communauté d'acquêts entre époux (1). Au treizième siècle. P. de Fontaines ne paraît pas y faire allusion ; *Jostice* (2), les *Et. de saint Louis* (3), les *Assises de Jérusalem* (4), les *Olim* (5) sont très peu explicites. Beaumanoir est bien sobre de détails ; il affirme cependant d'une manière catégorique l'existence de la communauté conjugale et la présente comme un usage immémorial, 21, 2 : « *chascuns set que*

vir mulieris similiter. Omnis quoque mulier erit heres viri sui et vir similiter. Huber, IV, 426.

(1) *Ord.*, XI, 185 (pas de communauté de meubles : retour de l'argent au donateur) : *Si vir et mulier de mercimoniis quaestum facientes substantia fuerint ampliati et haeredes habuerint, altero eorum mortuo, alteri tota substantia remanebit.* Amiens, 1190, 35 : moitié acquêts au survivant, moitié aux enfants. Cf. Chartes de Cerny, Crespy, Bruyères, Sens, etc. *Ord.*, XI, 233, 235, 246, 259. — Voy. aussi Ord. 1219 (I, 38) pour la Normandie (Laurière) : la femme prédécède sans enfants ; le mari gagne tous les meubles et acquêts ; il exclut les héritiers de la femme.

(2) P. 256 : *et se home conquiert, lui et sa feme, et il muere, sa feme sera heir en la moitie par la reson de la compoignie et des mobles ausint.* Cf. p. 169, 170, 225, 231.

(3) *Et. de saint Louis*, I, 16 : le sires peut donner à sa femme (noble) *ses achaz et ses aquestes à faire sa volonté*, 17 : (*gentis fame*) *avra la moitié es muebles*, se ele viaut, *mais ele metra la moitié es detes*, 139 : les enfants de l'*hom costumiers* ont la moitié de l'achat par la raison de la mère, 140 : le survivant garde tous les acquêts, mais à sa mort ils se divisent par moitié entre le lignage de la femme et celui de l'homme. 143 (il s'agit encore des roturiers) : un des époux a *grans muebles* et l'autre *riens ;* le survivant a la moitié des meubles ; *einsinc puet l'en entendre que li mueble sont communal.* Cas du second mariage du survivant. Viollet, *Et.*, I, 132, cite d'Espinay, *Cartul. angevins*, p. 183 et suiv. *Rhdr.*, 8, 45. Chevalier, *Cartul. de Noyers* (1085), p. 152. *L. d. droiz*, t. I, p. 182.

(4) Dans les Assises de la Haute Cour, la femme noble n'a qu'un douaire, mais celui-ci comprend la moitié des meubles et des immeubles qu'on trouve à la mort du mari (du moins pour les chevaliers), après avoir payé les dettes sur les meubles (éd. B., Table, v° *Douaire*). En dehors du douaire, les Assises de la C. des Bourgeois donnent à la veuve (ou à ses enfants) la moitié des conquêts en pleine propriété, c. 183, 187 ; elle est tenue de payer les dettes du mari, sans que l'on parle de renonciation possible pour s'y soustraire, c. 191 ; le mari doit aussi payer les dettes de sa femme antérieures au mariage ou même contractées pendant le mariage pour les besoins du ménage, et il lui est loisible de vendre les propres de sa femme pour payer même ses dettes personnelles, à supposer que ses biens propres ne suffisent pas, c. 194. D'après le c. 186, les *acquêts faits par le mari avant le mariage* appartiennent, s'il meurt *intestat*, à sa femme, car *nus hom n'est si dreit heir au mort come est sa feme espouse* (et on cite Gen., II, 24).

(5) *Olim.*, I, 5 (a. 1255) ; 261 (a. 1267) ; 565 (a. 1265) ; 708 : comm. d'acquêts ; 990 ; II, 422, 474 ; III, 263 ; IV, 862, 1179. Boutaric, *Actes du Parl.*, II, n° 5049. Ducoudray, *Orig. du Parl.*, p. 797.

compaignie se fet par mariage, car si tost comme mariages est fes, li bien de l'un et de l'autre sont commun par la vertu du mariage. Mes voirs est que li hons en est mainburnisseres... (1). » Il faut aller jusqu'au quinzième pour trouver dans les textes une réglementation détaillée de cette institution (2).

3. — **Causes qui ont produit la communauté et préside à son évolution** (3). — Les causes qui ont fait de la femme l'associée du mari sont d'ordre économique plutôt que d'ordre moral; nous ne saurions les voir dans les sentiments chrétiens du moyen âge (4). A nos yeux, la communauté s'explique de la

(1) Beaum., 21, 2; 13, 9, 21; 30, 99; 57, 1 et suiv. D'après Beaumanoir, la communauté établie par la Coutume, existant de plein droit entre les époux, comprend tous leurs meubles et les dépouilles de leurs héritages; leurs dettes mobilières y tombent toutes. Les immeubles acquis pendant le mariage sont-ils communs? Sur ce point, Beaumanoir n'est pas net. A le lire sans idée préconçue, il semble qu'à ses yeux les acquêts faits individuellement par chaque époux leur soient propres (cf. Leroux de Lincy, *Hôtel de ville de Paris*, 127); quand aux immeubles qu'ils acquièrent ensemble, ce sont aussi des propres, en ce sens que le mari n'a pas le droit de disposer seul de la part de sa femme, mais des propres indivis qui se partagent par moitié à la dissolution du mariage (cf. 21, 2; 30, 99). Le mari est le gérant nécessaire de la compagnie, le mainbour de sa femme, le *sires* des biens de sa femme comme de ses biens propres. Il dispose des meubles à son gré et peut seul obliger la communauté. La communauté se dissout à la mort de l'un des époux, mais non en cas de séparation de corps; tout au plus le mari fournit-il alors une pension alimentaire à sa femme. Les dettes sont pour moitié à la charge de la femme, mais elle se soustrait à cette charge en renonçant aux meubles. Il n'est pas question de récompenses; le prix des propres aliénés tombait en communauté comme les autres meubles. Il semble que la communauté commence au moment du mariage (cf. cep. 21, 2, et 21, 25). Entre gens de poste, il se forme une compagnie tripartite, en cas de secondes noces du conjoint survivant, entre celui-ci, son nouveau conjoint et les enfants du premier lit.

(2) Desmares, 20, 124, 152, 247 : *par contrat de mariage la communauté était acquise entre l'homme et la femme, tant en meubles, conquêts faits depuis mariage comme ès dettes et obligations depuis et paravant contractées. BCh.*, 2e s., I, p. 400, art. 8, 11. *Gr. C.*, p. 321. J. Lecocq, 83. *Cout. not.*, 19, 161, 176. *Anc. C. Anjou*, éd. B.-B., II, 227 · IV, 261. *Cout. de Lorris*, éd. Tardif, art. 193. Loisel, 111, 385, 657. Paris, *AC*, 110; *NC*, 220 et suiv. (cf. Ferrière, bibl.). Guénois, *Conf. des Cout.*, f° 549. Molière, *Ec. des femmes*, 4, 2. — En Bourgogne, la communauté ne se généralise qu'en 1459; cf. *TAC.*, *de acq.*, 8 et 11 (Giraud, *Essai*, II, 268 et suiv.). — *Coust. de Verm.*, 10. *L. d. dr.*, I, 184.

(3) Cf. Ginoulhiac, Laboulaye, D'Olivecrona, etc. *Add.* Ad. Tardif, *Origines de la Comm. de biens entre époux*, Thèse, 1850. L. Passy, Thèse, 1857. P. de Salvandy, *Gains de survie*, Thèse, 1855.

(4) *Origine chrétienne.* La direction chrétienne donnée à la famille au moyen âge aurait produit la puissance maritale et la communauté conju-

même façon que les gains de survie à l'époque barbare (1). L'apport de la femme s'accrut, soit que la valeur de son travail eut augmenté, soit surtout qu'elle eut plus facilement accès à la succession paternelle (2); on fut conduit à lui reconnaître dans le mariage des droits plus étendus; l'ancienne constitution de la famille s'y opposait, mais on a vu que le principe de l'unité de patrimoine et l'énergie de la puissance de son chef ne cessèrent de s'affaiblir; il fut donc possible soit de lui réserver des biens séparés comme en Angleterre, en Allemagne, soit de la considérer comme copropriétaire avec son mari de cer-

gale. Lefebvre, *Leç. d'introd.* et *La Cout. franç. du mar.*, 1901. Cf. Typaldo-Bassia, p. 16. — Si les sentiments chrétiens avaient créé la communauté, comment se fait-il que celle-ci ait été inconnue des chrétiens des premiers siècles? On a peine à trouver dans les écrits des théologiens et des canonistes quelques textes isolés se rapportant de près ou de loin à la communauté. Cf. dans Lefebvre, II, 488, la lettre de saint Augustin à Ecdicia, *Ep.* 262 de la *Patr. lat.* de Migne, et rapprochez-la de la *Laudatio Turiae*. Gratien, c. 27, q. 2, c. 17. X, 4, 20, 2. Les canonistes ne connaissent guère que le régime dotal romain avec le douaire. Si c'est inconsciemment que l'esprit chrétien a engendré la communauté, comment n'a-t-il pas eu cet effet dans le midi de l'Europe, en Normandie, en Angleterre, dans certaines parties de l'Allemagne? Pourquoi n'a-t-il pas fait prévaloir partout la communauté universelle, ainsi que la logique l'aurait voulu? Pourquoi dans la communauté coutumière française les acquêts des époux antérieurs au mariage leur demeurent-ils propres? La maxime *Vir et mulier fiunt una caro* sert, dans les *Ass. de Jér.*, *C. des Bourg.*, 180, à justifier le droit de la femme à la moitié des acquêts, et, dans Bracton, à expliquer son incapacité. De la définition du mariage de Modestin (D., 23, 2, 1 : *consortium omnis vitae*) faut-il conclure à la communauté?

(1) *Origine germanique.* — A° Ou bien on déduit la communauté des vieux usages de la Germanie attestés par Tacite, 18 (*laborum periculorumque sociam*) et d'une conception plus élevée du mariage qui serait propre à la race germanique (cf. cep. Modestin, D., 23, 2, 1). Nous avons combattu cette opinion, ci-dessus, p. 14, t. II, etc. Cf. cep. Beauchet, dans Typaldo-Bassia, IV : cette conception du mariage a été le premier fondement de la communauté conjugale; elle s'est développée sous l'influence de la copropriété familiale et du *mundium* qui mettait tous les biens de la femme entre les mains du mari, établissant ainsi une communauté extérieure ou formelle d'où est issue la communauté véritable. Ces idées très en faveur du temps de Mittermaier, etc., n'ont plus guère de partisans aujourd'hui en Allemagne. — B° Ou bien on trouve la communauté déjà formée dans les documents de l'époque barbare, et on explique sa formation par des causes économiques indiquées plus haut (cf. p. 720, t. II, etc.) ou par les tendances communautaires du temps. Ci-contre, p. 729, t. II. Cf. Schrœder, *RG*, 723. Ginoulhiac, p. 285.

(2) Si les droits de succession de la femme sont faibles, comme en Normandie, la communauté avorte. Cf. Ficker, § 1052, 1111. Stobbe, § 324.

tains biens (1). Ce dernier système a été préféré en France et ailleurs, pour la raison fort simple qu'il était celui qui différait le moins du régime antérieur, tout en donnant satisfaction aux besoins nouveaux (2). C'en était, comme nous l'avons remarqué, une transformation à peine sensible (3). Il suffit de quelques accidents favorables pour produire cette légère variante (4). Dans les villes où les biens de famille sont rares, rien ne s'oppose à ce qu'elle soit adoptée ; la dot de la femme constitue une mise de fonds comme serait celle d'un associé : les bénéfices résultant du commerce et de l'industrie ou les acquisitions réalisées à leur aide se partagent, parce que la femme, par sa fortune ou par son activité, contribue à leur production (5). La communauté est donc le régime matrimonial des marchands. Dans les campagnes, la terre n'appartient pas au paysan, mais

(1) Autres systèmes qu'il n'y a pas même plus à discuter. — 1° *Origine romaine.* Laurière, *Gloss.*, v° *Comm.* Bouhier, s. Bourg., I, 175. Il est certain que les époux pouvaient contracter une société entre eux à Rome (et même en Grèce, Xénophon, *Econom.*, 7, 12. Beauchet, *Dr. privé de la Républ. athén.*, 1, 244), mais c'est là quelque chose d'extrêmement exceptionnel. Dig., 34, 1, 16, 3. *Laudatio Turiae,* Girard, *Textes*, p. 777 (chaque époux s'occupe des biens de l'autre, mais il n'y a pas de communauté pour cela). On cite encore quelques textes : D., 23, 2, 1 ; 24, 3, 17, 1 ; 25, 2, 1. Cod. Just., 9, 32, 4. Martial, *Ep.*, 4. 75. Denys d'Halic. *Ant. rom.*, 2, 25. *Colum., r. r.*, 12. — Van Wetter, *Le dr. rom. et le dr. celtique, La comm. des biens entre époux*, 1898, vient de reprendre cette opinion abandonnée. — 2° *Origine celtique.* Pasquier, *Rech.*, I, 398. Grosley, *Rech.*, p. 8. Pardessus, *Ac. Inscr.*, X, 752. Cf. Origines de la famille : la femme, t. I.

(2) Il n'est pas toujours avantageux pour la femme. La femme commune court des risques, surtout si l'on admet qu'elle ne fut pas autorisée, à l'origine, à répudier la communauté, ci-après.

(3) On a déjà signalé l'analogie entre les gains de survie, droits de succession et droits de communauté reconnus à la femme mariée ; la transition des uns aux autres a dû se faire sans difficulté. Stobbe, § 122. Heusler, § 154.

(4) Le droit scandinave montre la communauté se superposant par voie de conventions, puis d'une façon tacite, à un régime plus ancien analogue à l'union de biens ; au bout d'un temps plus ou moins long, par exemple trois ans, la femme devient l'associée du mari ; c'est un bénéfice qu'on lui concède à raison de l'importance de son apport, lorsque le mariage a assez duré pour qu'on présume qu'il n'y aura pas de rupture. Cf. Amira, 163. D'Olivecrona, p. 94. *Saga de Nial,* trad. Dareste, p. 3. Lehr, *Dr. civ. russe*, t. I, p. 28 : malgré le *Svod* qui laisse à la femme la libre administration de ses biens personnels, il y a, en fait, entre les époux une vraie communauté.

(5) D'Olivecrona, p. 135 (lois des villes en Suède). Dans les villes de Danemark, communauté universelle ; dans les campagnes les propres sont exclus. Cf. Stobbe, 4, 119.

au seigneur; l'avoir des petites gens se réduit à des meubles qui, par leur nature même, se distinguent mal : on les déclarera commun au deux époux. La communauté est aussi le régime des cerfs et des roturiers (1). Il lui fut plus difficile de s'ouvrir l'accès de la classe noble ; l'apport de la femme y était, en effet, fort réduit d'ordinaire (à moins qu'elle ne fut héritière d'un fief); elle pouvait se contenter de son douaire. Avec le temps, le régime de la communauté s'étendit pourtant aux nobles eux-mêmes, mais la reine de France ne fut jamais commune en biens avec le roi, exemple remarquable de la survivance du régime primitif (2).

C'est une opinion assez accréditée (3) que celle qui voit dans la communauté conjugale une variété des communautés taisibles (4) formées entre gens de poestes, la plupart du temps frères ou affins (5), par le seul fait de la vie en commun pendant un an et un jour (6). Il serait surprenant que l'existence de ces sociétés, attestée dès l'époque barbare (7), n'eut pas facilité l'adoption et l'extension de la communauté entre époux ; mais il y a trop de différences entre ces deux institutions pour que l'une suffise à expliquer la formation de l'autre (8). Tout autre

(1) En Allemagne, la communauté apparaît aussi comme une institution du droit urbain; mais elle n'est pas moins ancienne chez les paysans; sa formation dans les classes rurales s'explique par l'influence des *Ganerbschaften* nombreuses dans les régions où elle fut adoptée, par l'amélioration de la condition de la femme dans sa famille et par le déclin des droits de la famille sur les terres. Cf. ci-contre, p. 763, t. II.

(2) Loisel, 22, 111.

(3) Laboulaye, p. 333. Masse, Thèse, p. 383.

(4) Ci-dessus, p. 699, t. II. Guénois, *Conf.*, p. 601. *L. d. dr.*, I, 194.

(5) *Gr. Cout.*, p. 371 : deux conjoints ou affins demeurans ensemble par an et jour sans *division* ou *protestation*... Guy Coquille, *Q*, 125 : la coutume établit quatre formes de communautés tacites : l'une entre mari et femme...

(6) On trouve ces communautés dans presque toute la France. Ci-dessus, p. 506, t. II. Masse, Thèse, p. 383. Glasson, *NRH*, 1891, 446. Dunod, *Tr. de la mainmorte*, p. 87. Ragueau, v° *Chanteau*. G. Coquille, s. Niv.; Chasseneuz, s. Bourg.; Chabrol, s. 189, Auv.; etc. Lebrun, *Tr. des comm. ou soc. tacites*, à la suite de son *Tr. de la comm. entre mari et femme*. Lattes, p. 267 (Lombardie : communauté entre frères). *AC. Bord.*, 67, etc. Cf. sur les *Ganerbschaften* allemandes, Heusler, I, 230. Gierke, *Deutsch. Privatr.*, I, 664.

(7) Capitul., 818, c. 6. *Polypt. d'Irminon*, t. 2, p. 24, éd. Guérard.

(8) Beaumanoir parle des unes et des autres dans le même chapitre, mais sans les confondre. Gui Coquille, dans ses *Institutes*, Lebrun, dans son *Tr. de la Comm.*, les rapprochent aussi. Entre autres similitudes, on a in-

est la situation de gens mariés et celle de parents ou d'étrangers associés; la différence de sexes, la présence d'enfants, la constitution de la famille entraînent d'inévitables différences.

diqué les suivantes : 1° la communauté conjugale ne commençait primitivement qu'au bout de l'an et jour, tout comme les sociétés tacites; 2° comme celles-ci (qui étaient rares entre nobles) elle n'existait et ne se continuait qu'entre roturiers. Deux points très discutés; cf. ci-contre. Au seizième siècle, le nombre des Coutumes qui ne font commencer la communauté qu'après l'an et jour est très restreint; dans les textes antérieurs, c'est à peine si cet usage apparaît. Nous ne notons pas que les Coutumes qui font commencer la communauté entre époux un an et jour après le mariage rejettent les sociétés taisibles; cette règle est de droit nouveau et souffre exception. Loisel, 378. Ci-après. Mais remarquons que le délai d'an et jour pour la formation des sociétés entre parents ou étrangers n'était requis qu'à défaut de convention. Cf. cep. *Gr. C.*, 2, 40, ci-contre. Ainsi des frères vivant dans l'indivision après la mort de leur père étaient communs en biens immédiatement et non après an et jour. Entre époux, il y aurait toujours eu convention. Cf. d'ailleurs, p. 726, n. 1, t. II. — 3° Au seizième siècle, les sociétés taisibles ne comprennent, comme la société conjugale en France, que les meubles et acquêts; mais, à l'étranger, la communauté entre époux est universelle; si l'on suppose que primitivement les sociétés taisibles étaient universelles, on n'expliquera plus les communautés de meubles et d'acquêts ou d'acquêts seulement entre époux. — 4° La jouissance des biens communs appartient à chacun des parsonniers ou à chacun des époux en proportion de leurs besoins et non de leurs apports respectifs. — A ces ressemblances très réduites, on le voit, opposons des différences graves : 1° La communauté conjugale n'est qu'un mode particulier de règlement des intérêts des époux; au contraire, les sociétés taisibles entre parents ont leur origine dans l'état économique et social du haut moyen âge. Ci-dessus, *loc. cit.* — 2° Les gens mariés qui entraient dans ces sociétés tacites ne comptaient que pour une tête (Ex. communauté des Jault); les femmes, comme les mineurs, n'avaient droit qu'à leur subsistance et entretien; quand elles se mariaient, on leur donnait une dot en argent ou meubles sans toucher au fonds commun; loin d'appeler la communauté entre époux, les sociétés taisibles l'auraient plutôt exclue. Cf. cep. Viollet, p. 796, qui admet une évolution inverse; d'après lui, la femme aurait compté primitivement pour une tête; mais les textes qu'il cite sont récents. Orl., 213 et suiv. Auv., 14, 32 (et Chabrol, II, 399). Voy. L. Passy, p. 35, texte normand de 1241. — 3° Le chef de chanteau, quoique qualifié de maître de la communauté, n'a pas des pouvoirs aussi étendus que le mari. — 4° La séparation des époux, du temps de Beaumanoir, n'entraînait pas la dissolution de la communauté; cf. règle : *le chanteau part le vilain.* — 5° La communauté entre époux se partage par moitié entre le survivant et les enfants communs; dans les sociétés taisibles, les enfants d'un parsonnier ne se divisent point sa part, mais comptent chacun pour une tête de plus. — 6° A la mort d'un parsonnier, sans postérité, ses coassociés recueillent sa part par droit d'accroissement, à l'exclusion de ses parents et du seigneur; la part du conjoint décédé sans postérité passe à ses héritiers, quoiqu'ils soient étrangers à la communauté. *Gr. C.*, p. 371 : protest. des affins (non des époux).

Aussi trouve-t-on des provinces comme la Normandie, où existaient anciennement des sociétés taisibles et où la communauté entre époux n'a pas réussi à s'implanter.

Nous sommes portés à croire que la communauté a été plus fréquente, à l'origine, chez les roturiers, et qu'elle ne s'est généralisée que plus tard parmi les nobles. Mais nous ne nous dissimulons pas qu'il y a beaucoup d'incertitude sur ce point (1). D'obstacle absolu à ce qu'il se formât entre nobles une communauté, au moins restreinte au meubles, il n'y en avait point. Les gains de survie de l'époque franque existaient pour les femmes de très haut rang comme pour les femmes libres; en divers lieux, ils durent se transformer en droits de communauté (2). Mais on trouve des textes d'où il résulte nettement (ou qui permettent de supposer) qu'en d'autres lieux la femme noble n'était pas commune en biens et qu'elle se contentait de son douaire et de son principut légal du mobilier (3); c'est que la tradition ancienne s'y était maintenue, comme il arrive assez souvent dans le droit des roturiers; c'est aussi que l'exclusion de la succession, qui atteignait autrefois toutes les femmes, persista surtout pour les nobles. Peut-être cette particularité rend-elle compte, mieux que toute autre explication, d'un fait remarquable : jusqu'en 1580, la renonciation à la communauté n'a été permise, à Paris, qu'à la femme noble; ce faisant, elle agissait en héritière plutôt qu'en associée (4).

4. — **Diverses formes de la communauté** (5). — 1° **Commu-**

(1) Laboulaye, p. 287. Cf. Glasson, 7, 359. Schrœder, *Gût.*, 2, 2, 177.

(2) Beaumanoir et le livre de *Jostice* ne distinguent pas entre nobles et roturiers; les *Olim* constatent le droit des veuves nobles sur les conquêts. L'*Anc. C. d'Anjou*, éd. B.-B., I, 48, 192, 523, parle de la communauté entre époux sans spécifier; mais cf. IV, 261 (entre nobles, paction expresse nécessaire). Meaux, 9, 51.

(3) Opposition entre nobles et roturiers. *Et. de saint Louis, Ass. de Jérus., loc. cit.* Ci-contre. Cf. aussi P. de F., 15, 8. *AC. Champ.*, t. 12. *AC. d'Artois*, t. 34. Loisel, 178 : *le mari est bail de sa femme;* or le bail du conjoint noble survivant sur ses enfants mineurs exclut l'idée de communauté entre eux. Beaum., 21, 9 (Notons que Beaumanoir ne dit pas : la communauté se continue entre gens de poosté et non entre gentilshommes). — Le préciput légal du conjoint noble est une anomalie dans le régime de la communauté. — Survivances : Dans les Etats sardes, le Code de Charles-Félix, art. 174, excluait encore la communauté entre nobles. Pertile, 3, 356, cite des statuts italiens excluant de la communauté les *bona conditionata* (fiefs, *livello*).

(4) Ci-après, Renonciation.

(5) L'*Ecloga* (a. 740), tit. II, introduit dans le droit byzantin le régime de

nauté universelle. — Ce régime, en opposition avec le principe de la conservation des propres dans la famille, a été cependant très répandu en Belgique (1), en Hollande (2), dans diverses parties de l'Allemagne (3), en Suisse (4), en Danemark (5), jusqu'en Sicile (6) et en Portugal (7); il ne se rencontre en France que d'une manière exceptionnelle dans quelques provinces du nord (8). Il n'a pu s'établir que dans des milieux urbains, où les droits de la famille sur les biens immobiliers étaient en pleine décadence, dans des milieux ruraux où les propres n'étaient pas connus. Il est parfois malaisé de le distinguer d'une forme du régime sans communauté, exagérant les pouvoirs du mari au point de lui permettre de disposer même des immeubles de la

la communauté entre époux; s'il y a des enfants, le survivant conserve la totalité des biens de son conjoint, et la communauté persiste même quelquefois entre frères. Zachariae, § 11. Sur l'*hypobolum* (ci-dessus, p. 748, t. II) et le *theoretrum*, sorte de *Morgengabe*, cf. § 14, etc.

(1) Britz, p. 838, 858. Van Wetter, p. 32, 41.

(2) Van Wetter, p. 41.

(3) D'Olivecrona, p. 56 : Stobbe, 4, 200. En beaucoup de lieux, la communauté universelle n'existait qu'à partir du moment où il y avait des enfants. Ci-dessus, p. 726, t. II. Ficker, § 710 et suiv.

(4) Wyss., p. 119 et suiv. Huber, 4, 424. Dans ce pays, d'ailleurs, les régimes matrimoniaux se ramènent malaisément à des types bien définis. Cf. Lardy, *op. cit.*, cartes *in fine*.

(5) D'Olivecrona, p. 114 : dans les campagnes, communauté de meubles et d'acquêts, dans les villes il se forma peu à peu une communauté universelle. Islande, p. 97 (*Gragas*) : les époux avaient le droit d'établir par convention avant ou après le mariage une communauté portant sur tous leurs biens ou seulement sur leurs meubles, pourvu qu'ils possédassent une fortune à peu près égale; ils avaient la faculté de modifier ou d'annuler cette convention; la communauté résultait aussi de la loi quand les conjoints avaient vécu trois ans ensemble et que les témoins des fiançailles étaient morts, quand les époux n'avaient rien en se mariant et s'enrichissaient par la suite, etc. Norwège, p. 103. Suède, p. 136 (villes).

(6) En Sicile, d'après Brünneck, la communauté de biens aurait été introduite par les Normands, *Sicil. Stadtr.*, p. XXXIV. On y préfère la communauté universelle, tandis que la Sardaigne n'a connu que la communauté d'acquêts. Pertile, 3, 353. Dans l'Istrie, mariage *ut frater et soror*, c'est-à-dire communauté universelle. Ciccaglione, *Man.*, I, 445 (cf. dr. byzantin).

(7) *Portug. Mon. hist., Leges*, I, 368. Ci-dessus, p. 778, t. II.

(8) Viollet, p. 775, constate la communauté universelle à Tournai, Bout., 1, 76; à Arras, cf. *Cout. locales d'Arras*, 1746, p. 37; à Daours, Bouthors, *Cout. loc. d'Amiens*, I, 308; à Neuf-Brisach et autres lieux en Alsace, D'Agon de Lacontrie, *Anc. Statutaire d'Alsace*, p. 140, etc.; en Auvergne, au quinzième siècle, d'après Barbier, *Viatorium juris* (*R. de lég.*, 1873, 224). Doneau, *Comm. jur. civ.*, 13, c. 16, § 8 : *societas omnium bonorum cum moribus fere totius Galliae recepta sit inter virum et uxorem...*

femme, et attribuant la totalité du patrimoine commun au conjoint survivant, quel qu'il fut, sauf à rendre ces biens indisponibles entre ses mains (*Verfangenschaft*) (1). — 2° **Communautés partielles** : les formes les plus communes sont la **communauté d'acquêts** (2) et la **communauté de meubles et d'acquêts** (3). Cette dernière devint le droit commun de la France coutumière et s'appliqua dans une grande partie de l'Allemagne. Les propres ou biens de famille n'y sont pas compris, mais les meubles des deux époux y entrent en se confondant comme dans les sociétés taisibles ; le mari peut en disposer, et à cet égard il jouit des mêmes prérogatives que sous le régime matrimonial antérieur à la communauté ; les conquêts réalisés durant le mariage en font partie, ce qui est rationnel, puisque le travail ou la fortune des époux contribuent à leur production ; si les acquêts antérieurs au mariage restent en dehors, c'est qu'ils sont destinés à former des propres. — Des clauses très variées modifièrent, dans la pratique, la *communauté coutumière ;* il se forma ainsi, peu à peu, une *communauté conventionnelle* qui fut une adaptation du régime ordinaire aux circonstances particulières du mariage.

5. — **Liberté des conventions matrimoniales** (4). — A l'origine, la communauté coutumière semble imposée aux parties. Les auteurs du treizième siècle et les contrats de mariage de cette époque ne parlent jamais de l'adoption par les parties d'un régime matrimonial ; il va de soi que ce régime est et ne peut être que la communauté dans le ressort des coutumes qui l'admettent ; les époux n'étaient pas libres d'en adopter un autre (5). Cependant on trouve, dès cette époque, des clauses modifiant la composition de la communauté ou même sa liquidation (6).

(1) Cf. par exemple la mainplévie à Liége. Ci-contre, p. 756, t. II. Heusler, 2, 203. Brünner, *Grundz.*, p. 107. Britz, 838.

(2) Ci-contre, p. 777, t. II. En Franche-Comté, la communauté est restreinte aux meubles et immeubles acquis durant le mariage. Stobbe, 4, 268. Ficker, § 1194.

(3) Ci-contre, p. 793, t. II. Stobbe, 4, 270. D'Olivecrona, p. 57. Huber, 4, 432.

(4) Ollier, Thèse, 1902. Stobbe, 4, 136. Heusler, § 155 (*hilix*).

(5) Beaumanoir n'admet même pas la séparation de biens judiciaire. *Gr. C.*, p. 371. Loisel, 111.

(6) Stipulations de propres : Amiens, vers 1249, art. 70; entre 1249 et 1292, art. 50, emploi de deniers dotaux (ci-dessus). Charte de saint Louis de 1269 (L. Delisle, *Mém. s. les opér. financ. des Templiers*, 1889, *Acad.*

Peu à peu elles se multiplient (1), et, au seizième siècle, elles sont assez fréquentes pour que l'on proclame le principe de la liberté des conventions matrimoniales (2). A ce moment on tolère même l'exclusion de la communauté. Cette liberté n'est pourtant point sans limites; on ne voit pas qu'il ait été licite d'établir l'inaliénabilité dotale (3). Les jurisconsultes pu-

Inscr.) : dépôt d'une partie de la dot de Blanche d'Artois au Temple pour être employée par un de ses parents, choisi par elle, en achat de terres ou de rentes; ces acquêts seront propres malgré toutes coutumes contraires; le reste de la dot remis au mari pour qu'il en dispose à son gré, sera restitué à la dissolution du mariage. J. Lecoq, q. 83 : droit pour la femme de reprendre son apport, s'il n'y a pas eu emploi sur la communauté, avant tout partage, et à défaut sur les biens du mari. Contrats de mariage de 1292, 1396, Jamont, Thèse, 252, 267. Clause de parts inégales, *Olim.*, II, 74, 10. Cf. formules générales, mais peu probantes, de P. de F., 15, 8, et de la 2e C. d'Amiens, art. 50. *Ass. de Jér.*, *C. des Bourg.*, 103.

(1) J. Lecoq, 83 : *conventiones in contractu matrimonii factae sunt tenendae quia alias forte non fuisset matrimonium factum.* En ce sens on invoque au seizième siècle des textes romains comme la l. *alimenta*, § *qui societatem*, D., *de alim. et cib.* (communauté de biens). Orl., 173. Berry, 8, 8 (exclusion de communauté). Troyes, 83. A ce moment les applications se multiplient dans tous les sens. Boerius, s. Bourges, constate comme en usage en 1508, par suite comme datant du quinzième siècle, les clauses, art. 144, de franc et quitte; art. 161, de reprise d'apport franc et quitte en cas de renonciation. Les Coust. de Vermendois, 1448, n° 231, visent le préciput. J. Faber, s. Cod. Just., *ad. leg.*, de fideicom. t. de transact; s. Inst., f° 14 (*de nuptiis*) : forfait de communauté. Acte de 1389, *Docum. de la Soc. d'hist. de Fr.*, 1884, 208 : *id.* Boerius, s. Bourges, *l. c.* Desm., 129 *id.* (on y prévoit aussi la clause de reprise d'apport franc et quitte en cas de renonciation, car il est dit que la femme n'est pas tenue des dettes, si elle ne reprend que son apport; cela donne à supposer qu'elle peut prendre un autre parti).

(2) Au seizième siècle on valide dans le contrat de mariage des conventitions interdites ailleurs : pactes successoraux, donations de biens à venir, clause de reprise d'apport franc et quitte par laquelle un associé se rend étranger aux bénéfices et pertes. Orl., 202. Lorris, 200. Montargis, 8, 9. Berry, 8, 7. Britz, 826.

(3) Sont interdites : 1° les clauses portant atteinte aux pouvoirs du mari comme chef de la communauté; ainsi on ne peut convenir que la femme sera chef de la communauté, que le mari aura besoin de l'autorisation de la femme pour contracter, — 2° les clauses portant atteinte à la puissance maritale, par exemple dispensant la femme de l'autorisation du mari, cf. cep. Séparation de biens; quelques Coutumes permettaient cependant les autorisations générales par contrat de mariage (Artois, Flandre, Berry) ou même en dehors du contrat de mariage (La Rochelle, 23); Pothier, *Puiss. du mari*, 67; Valin, s. La Roch., 23, 86; Guyot, v° *Autor.*; — 3° les clauses par lesquelles la femme perdait son droit de renoncer ou son bénéfice d'émolument; — 4° les clauses d'inaliénabilité, cf. cep. Bourd. de Richeb., 3, 870. Cf. prohibitions de la C. de Normandie, ci-dessus, p. 758, t. II.

rent alors affirmer que la communauté coutumière était formée, non *vi ipsius consuetudinis*, mais par l'effet d'une convention tacite; on tira de là cette conséquence importante que c'était un statut personnel et non un statut réel (1). — Dans les classes riches, tout au moins, la rédaction d'un contrat de mariage était fréquente (2). Les parents des époux y assistaient (3), même quand ceux-ci étaient majeurs, soit pour en discuter les clauses, soit pour leur faire des libéralités ou régler leurs droits héréditaires; si les époux étaient mineurs, la présence de leurs parents parut constituer une sauvegarde suffisante de leurs intérêts (4) : *habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia;* on les tint pour capables de faire les conventions d'usage dans les contrats de mariage (5). De vieilles institutions, peu en harmonie avec les principes du droit romain, comme les pactes sur successions futures, se maintinrent dans ces actes par un

Stobbe, 4, 205 : le droit allemand permet à la femme et au mari de se réserver des *Sondergüter*. Guénois, *Conf.*, 584.

(1) Régime légal, la communauté ne pouvait s'appliquer qu'aux immeubles situés dans le ressort de la Coutume qui l'imposait; convention tacite (Dumoulin), elle atteignait tous les biens des époux indépendamment de leur situation. Comme la question était discutée, il était d'usage à Paris de la stipuler expressément. Masuer, t. *de dot.*, 4. Pasquier, *Inst.*, p. 367. Pothier, 16. *BCh.*, 3, 57 (a. 1322). Lutte entre les Parl. de Paris et de Rouen. Ci-dessus, p. 758, t. II. Dumoulin, *Cons.*, 39, 53. *Secùs*, D'Argentré, s. 218. Bret. Gl. 6, n° 33.

(2) *Instrumentum dotale* du droit romain, *Libellus dotis* à l'époque franque, articles de mariage par la suite. L'acte notarié est d'un usage général à raison de ses avantages pratiques, de l'importance de ce contrat et de la rareté des actes sous seing privé. Arr. Cons., 13 déc. 1635. Décl. 1639. Arr. Cons., 13 déc. 1698. Décl. 11 déc. 1703 (empêcher d'antidater les dons entre époux). Cependant l'acte privé est usité en Normandie, et dans cette province on se contentait même anciennement d'une convention verbale (*NC*, 386, 387) dont la preuve résultait d'un record de mariage. Autres provinces où l'acte privé est licite. Tessier, *Soc. d'acquêts*, p. 41. Guyot, v° *Contr. de mar.* Brritz, p. 825. Lattes, p. 239 (Lombardie). En Allemagne intervention de la justice, publicité. Stobbe, 4, 136. Modèles de contrats de mariage dans le *Parfait notaire* de Ferrière et autres ouvrages de ce genre. Jamont, Thèse, *in fine* (pièces justificatives). Archiv. Nation., cartons U, 1031-1033. Guyot, *l. c.* — Cf. Ord. Moulins, 54.

(3) Tacite, *Germ.*, 18. Beaum., 34, 49. Bourg., 1459, 1570, 26. Norm., 262. Cf. cep. arr. de règl. du 17 mai 1762. Pothier, n° 16. Guillemin, Th., 1885.

(4) Pothier, 306. Cf. 103. — Beaum., 34, 49 : *moult de fraudes sont fetes en convenences de mariage.* Loisel, 106: *En mariage, trompe qui peut.*

(5) Lebrun, *Communauté*, 1, 5, 2 : le mineur n'est pas libre d'adopter toutes les clauses qu'il lui plaît : par exemple l'ameublissement, la communauté universelle lui sont interdits. Cf. C. civ., 1398. Pothier, 303.

effet, disait-on, de la liberté des conventions matrimoniales et de la faveur due au mariage. Ces arrangements de famille, véritables traités moins entre deux individus qu'entre deux parentés, constituaient la charte du nouveau ménage : ils devaient être conclus avant le mariage, car alors seulement la liberté des contractants était entière (1), et, une fois arrêtés, ne pouvaient plus être modifiés (2) *(immutabilité des conventions matrimoniales)* (3). — La plupart des coutumes font commencer la communauté à la célébration du mariage (4), mais il en est, de caractère plus archaïque, où elle ne date que du coucher (5), comme le droit au douaire, de l'an et jour (6), ou enfin de la naissance d'enfants (7).

6. — **Composition de la communauté.** — A° **Actif.** Les biens communs sont les meubles présents et futurs des époux, les

(1) Nullité des contre-lettres. Pothier, n°s 13, 16. Laur., s. 258, Paris. Loisel, 106. Stobbe, 4, 138. — Tradition germanique (fiançailles). Orl., 202.

(2) Dans les pays de droit écrit, la dot peut être augmentée ou constituée, mais non diminuée pendant le mariage (défense de restituer la dot par anticipation, de crainte que la femme ne la dissipe). Serres, *Inst.*, p. 169. Bouhier, s. Bourg., p. 407. Cf. douaire, *Gr. C.*, p. 321.

(3) Anciennement la constitution de la dot ou du douaire était incommutable (*L. Rib.*, 37. Ci-contre, p. 719, t. II), tout comme la fixation du *pretium emtionis*. P. de F., 15, 9. Beaum., 34, 49. Par la suite, on vit dans l'incommutabilité des conventions matrimoniales une garantie de paix et de concorde, un moyen d'assurer l'interdiction des donations entre époux, peut-être même un moyen de ne pas exposer à des déceptions les tiers traitant avec les époux sur la foi du contrat. A l'étranger, ce principe n'a pas toujours été admis. Cf. D'Olivecrona, p. 97 et suiv. Britz, p. 829. En France même, du moins dans certaines provinces, on permettait aux époux de revenir, durant le mariage, au régime de droit commun qu'ils avaient abandonné par contrat. Viollet, p. 814. Stobbe, 4, 214. Heusler, 2, 429 : on n'admettait point d'une manière générale que le contrat de mariage dût être conclu avant le mariage.

(4) Desm., 247, Beaum., 21, 2 (mais cf. 21, 25). Ci-après, axiome : *le mari vit comme maître et meurt comme associé*. Doctrine de Toullier suivant laquelle la communauté ne prend naissance qu'à la dissolution du mariage (XII, 75).

(5) Ci-dessus, p. 711, t. II. Bourg., 21. Niv., 23, 2. Stobbe, 4, 120. Viollet cite pour Strasbourg. Silberrad, *De acq. conjug. sec. jus Argent.*, 1771. Pertile, 3, 348. Chaisemartin, *Prov.*, 28. Cf. Paris, *NC.*, 210 et *NC.*, 220.

(6) *Gr. C.*, 2, 40, p. 371. *TAC. Bret.*, 207: *AC.*, 469, 586. Chartres, 57. Dreux, 48. Lodunois, 24, 1. Châteauneuf, 66. Anjou, 511. Maine, 508. Tour., *AC.*, etc.

(7) *Gr. C.*, 2, 40. Bayonne au treizième siècle. Sicile, par exemple Messine, 1. Ci-dessus, p. 726, t. II. *Saga de Nial*, tr. Dareste, p. 3. — En présence de ces règles, on comprend les clauses établissant la communauté à terme ou sous condition. Pothier, n° 278. Lebrun, 1, 3, 10.

fruits des propres (1) et les conquêts ou immeubles acquis à titre onéreux durant le mariage (2). — On comprend que le **mobilier** acquis à titre onéreux durant le mariage tombe en communauté ; il est moins aisé de s'expliquer qu'il en soit de même des meubles que les époux possèdent en se mariant ou qui leur adviennent par succession ; si on les a traités ainsi, c'est à cause de la vieille règle qui en donnait au mari la libre disposition ; lorsque ce vieux principe eut été perdu de vue, l'absence d'inventaire au moment du mariage a paru une raison suffisante pour justifier la solution admise. D'ailleurs, la confusion du mobilier des époux était loin de présenter autrefois les inconvénients qu'elle a aujourd'hui ; la fortune mobilière était peu développée et l'on avait rangé les meubles de grande valeur dans la classe des immeubles (offices, rentes). — Les **conquêts** s'opposent aux **propres de communauté** ou immeubles qui ne sont pas communs, mais restent la propriété personnelle de chacun des époux. On pourrait croire que les propres de succession sont seuls propres de communauté, chacun des époux se réservant ses biens de famille et rien de plus ; mais il n'en est pas ainsi ; on a mis hors de la communauté tous les immeubles appartenant aux époux au moment du mariage, que ce fussent des propres ou des acquêts, au point de vue des successions (3). Les immeubles acquis à titre gratuit pendant le mariage constituaient aussi, d'ordinaire, des propres de communauté. Cela ne faisait pas difficulté pour ceux qui provenaient de succession (directe ou collatérale) et qu'on cherchait à

(1) Dans le dernier état du droit, on peut dire qu'ils entrent en communauté en qualité de fruits et non en qualité de meubles, car les *produits* sont propres quoique meubles. Pothier, 95, 204. Pour l'époque ancienne, cf. ci-contre, p. 784, t. II. Beaum., 21, 2. La règle primitive fut sans doute que les fruits s'acquéraient par la perception, et elle s'appliqua toujours aux fruits naturels, arrérages des cens, dîmes, champarts, prix des baux à ferme. On emprunta à la législation romaine l'idée de faire acquérir les fruits civils, comme les arrérages des rentes, jour par jour, en proportion du temps que le mariage durait. A Francfort, les gains réalisés dans un commerce séparé sont propres, mais non les bénéfices industriels. Stobbe, IV, 274. En 1859, le Canada reconnut à la femme un droit absolu à ses gains et salaires.

(2) Tout immeuble des époux est réputé conquêt. Loisel, 222. Cf. Pasquier, *Inst.*, p. 499. Ci-dessus, p. 211, t. II.

(3) *Conquêts se font par deux, acquêts se font par un.* En général, les acquêts faits durant le mariage sont traités comme des conquêts. Cf. Poitou, 229. Marsal, 33, 38, etc. Ci-dessus, p. 210, t. II. Saint-Quentin, 1, 1.

conserver dans les familles d'où ils sortaient; mais sur les donations, on hésita ; d'après la règle *Il n'est si bel acquêt que de don*, elles formaient des conquêts ; la théorie qui prévalut vit dans les donations émanées de parents, surtout en ligne directe, un avancement d'hoirie : elle assimila les biens donnés ainsi aux biens recueillis dans une succession (1). Pour les dons faits aux époux par d'autres que des parents, ils constituaient des conquêts, à moins que le donateur n'eut stipulé le contraire, ce qui arriverait sans doute fréquemment. — La jurisprudence compléta ces règles, en s'inspirant de l'esprit qui les avait dictées, par des théories sur les accommodements de famille, le remploi et les récompenses (2). — Les contrats de mariage s'écartaient de la réglementation que nous venons de décrire, tantôt en restreignant la communauté, tantôt en l'élargissant. La confusion des meubles des deux époux en une seule masse était préjudiciable à celui qui apportait beaucoup, avantageuse à celui qui apportait peu ; on remédiait au mal en faisant cesser la confusion : 1° *en partie*, par la clause de **réalisation** (3) ou stipulation des propres (4), qui assimilait certains meubles aux

(1) Ci-contre, p. 210, t. II. *Cout. not.*, 183. En ligne collatérale, c'est un conquêt, Paris, 246. Desmares, 26; un propre, Maine, 507; Anjou, 513. Loisel, 393, 657. Pasquier, *Inst.*, p. 362. Britz, 839.

(2) Cas exceptionnels où des immeubles, quoique acquis à titre onéreux durant le mariage, constituent des propres. — *a*) Retrait lignager. Orléans, 382. Sur le *remere*, cf. J. Lecoq, q. 84. — *b*) Subrogation réelle : Echange, remploi, cf. ci-après. — *c*) Sur l'acquisition par le mari d'un immeuble dont la femme est copropriétaire (C. civ., 1408, 2°, cf. D., *de j. dot.*, 23, 3, 78, 4. Roussilhe, *Dot*, 556 (acquisition imposée à la femme). En pays coutumier, cf. retrait d'indivision; controv. : 1). Acquisition forcée pour la femme. Lebrun, 1, 5, 2, 3, 12. Ferrière, s. Paris, 220, 3, 13. Bourjon, I, 537. — 2). Option de la femme. Valin, s. La Rochelle, I, 493, art. 22, 1. Cf. Pothier, n° 150. — L'acquisition amiable donnait un conquêt.

(3) Réalisation expresse ou tacite (cl. d'emploi, cl. d'apport). Pothier, n° 325. Denisart, Ferrière, Guyot, *h. v°*. Comme les dots étaient le plus souvent mobilières, la clause de réalisation, fréquente de bonne heure, devint presque de style, à la fin de l'ancien droit. La clause d'emploi usitée au treizième siècle, ci-dessus, p. 793, t. II, et ci-après, Récompense, perdit de son importance depuis que l'hypothèque servit à garantir les créances de la femme. Renusson, *Propres*, 6, 7.

(4) Le mari peut disposer des propres conventionnels (et non des propres réels) sans le concours de la femme, à moins que la réalisation n'eût été stipulée à tous effets, clause peu pratique, même à la fin de l'ancien droit, et qui ne dut pas être permise à l'origine. Cf. *Olim*, II, 151, 37. Pothier, n° 325. Lebrun, I, 5, 1, 3, 4. Par la réalisation on ne faisait d'ordinaire que des propres de communauté, cf. ci-dessus, p. 210, t. II, mais on pouvait aussi faire des propres de succession. Renusson, *Propres*, 6.

immeubles propres ; 2° *en totalité*, par la **communauté réduite aux acquêts** (1) ; ce régime, mieux approprié à notre état économique, semble avoir été peu usité autrefois ; Pothier n'y voit qu'une variante de la réalisation. L'**ameublissement** (2) et la **communauté universelle** produisaient l'effet inverse, en assimilant les immeubles propres des époux aux meubles de la communauté ; c'étaient des clauses en usage, quand l'un des époux n'avait que des meubles, l'autre que des immeubles.

7. — B° Le **passif** de la communauté comprenait : 1° les charges du mariage (entretien des époux, éducation des enfants), tandis que sous le régime dotal elles incombaient au mari seul ; 2° les intérêts et arrérages des dettes propres et les dépenses d'entretien, les réparations usufructuaires des propres dont la communauté avait la jouissance ; 3° les dettes mobilières des époux antérieures au mariage ; les dettes des successions à eux échues pendant le mariage ; 4° les dettes contractées pendant ce temps par le mari ou par la femme autorisée du mari (3). — Les **dettes antérieures au mariage** étaient une charge de la communauté en vertu de la règle ancienne d'après laquelle les dettes ne pouvaient se poursuivre que sur les meubles (4). *Qui épouse le corps épouse les dettes*, dit Loisel, 110, et ceci était également vrai pour le régime sans communauté, car

(1) Expression rare. Cf. société d'acquêts, ci-dessus, p. 777, t. II. Il y a à la fois réalisation et séparation de dettes de la part des deux époux.

(2) Ferrière, Guyot, etc., *h. v°*. Pothier, 304. Lebrun ; 1, 5, 1, 2.

(3) Cf. droit allemand très confus en cette matière. En général, on peut cependant opposer les dettes propres ou personnelles aux dettes communes. Les dettes propres ne grèvent que le patrimoine propre du conjoint qui en est tenu ; sa part de communauté ne peut être atteinte qu'après la dissolution du mariage. Ce sont les dettes antérieures au mariage, les dettes contraires à l'intérêt de la communauté, les dettes contractées dans l'intérêt personnel de l'un des conjoints. La communauté n'a pas a payer ces sortes de dettes ; à plus forte raison le conjoint non débiteur n'en répond-il pas. Il en est autrement des dettes communes, c'est-à-dire des charges du mariage ou des dettes contractées par les deux époux ou par l'un d'eux dans l'intérêt de la communauté ; les créanciers peuvent se faire payer sur les biens communs, et s'ils ne suffisent pas, pour moitié sur les biens de chaque époux. Cependant la femme jouit d'un privilège ; elle peut échapper à la responsabilité des dettes communes par la voie de la renonciation. Stobbe, IV, 279.

(4) Cf. ci-dessus, p. 539, t. II. Beaum., 43, 26. Desm., 181, 247. *Cout. not.*, 15, 70, 83, 139, 167. *Gr. C.*, 2, 32, p. 322 ; mais cf. p. 223. *L. d. dr.*, 400. *Anc. C. Anjou*, I, 482 ; III, 332 ; IV, 201, éd. B.-B. *Ass. de Jér.*, *C. des B.*, 133. Paris, 221. Pothier, n° 259.

le mari recueillait alors aussi l'universalité des meubles (1). Les dettes mobilières ayant pour objet des biens hors de la communauté, ne pouvaient être acquittées par elle. — Cette répartition du passif ne se justifiait plus depuis que les immeubles répondaient des dettes, c'est-à-dire depuis la fin du treizième siècle environ: elle persista cependant; on remédiait aux inconvénients qu'elle présentait lorsque l'un des époux avait plus de dettes que l'autre, par la clause de *séparation de dettes* (2). — Les **dettes des successions** échues aux époux durant le mariage furent d'abord soumises au même régime; Lebrun soutient encore que la communauté doit supporter les dettes mobilières, parce qu'elle recueille l'actif mobilier, et que le conjoint héritier est tenu d'acquitter les dettes immobilières, parce qu'il retient les immeubles. En matière de succession, la charge des dettes finit par atteindre l'héritier des propres; il en fut de même en matière de communauté; le système de la répartition du passif entre la communauté et les conjoints en proportion de l'actif qu'ils recevaient, sans distinguer entre les meubles et les immeubles, prévalut aussi, conformément à l'équité et aux règles romaines: ainsi, quand un conjoint recueillait une succession comprenant à la fois des meubles et des immeubles, si le mobilier valait un tiers du total de la succession, le tiers des dettes mobilières ou immobilières était à la charge de la communauté : *là où va l'actif, là va le passif* (3).

Les **dettes des époux** durant le mariage tombent dans la communauté comme les acquisitions qu'ils font pendant ce temps. Il faut cependant qu'elles soient contractées par le mari ou avec son autorisation, car en sa qualité de chef de la communauté, il a seul le droit de l'engager (4). Il l'oblige même

(1) Les créanciers de la femme ne pouvaient donc pas la poursuivre sur ses propres; mais il en fut autrement quand les immeubles devinrent le gage des créanciers.

(2) Paris, 222. Argou, 3, 7. Cette clause est opposable aux créanciers de la femme, s'il y a eu inventaire. Sur la *clause de franc et quitte*, par laquelle les parents du futur certifiaient qu'il n'avait pas de dettes et permettaient d'indemniser la femme au cas où il en aurait, cf. ci-contre, p. 793, t. II. Argou, 3, 16. Pothier, n° 351, 370. Sur la clause qui permettait à la femme renonçante de reprendre son apport franc et quitte, cf. ci-après. — Pertile, 3, 355. Ci-contre, Stobbe, IV, 279.

(3) Lebrun, 2, 3, 2. Péronne, 198. Cf. Paris, 334. Pothier, n° 261.

(4) Les dettes du mari sont donc dettes de communauté et réciproquement. Cf. ci-contre, Stobbe, IV, 281. Britz, 840 : à Gand, la femme, même

par ses délits, *tam deliquendo quam contrahendo* (1). A l'origine, si ses biens étaient confisqués, la communauté l'était aussi et la femme perdait sa part. Décision rigoureuse contre laquelle une réaction se produisit, ayant pour point de départ le droit romain du Bas-Empire et pour base réelle l'affirmation de plus en plus énergique des droits de la femme sur la communauté. Dumoulin rapporte qu'il lui fallut lutter plus de quarante ans pour faire abandonner la pratique ancienne par le Parlement de Paris (2). — La femme n'oblige la communauté ni par ses délits (3), ni en contractant avec l'autorisation de justice (4).

séparée de biens, est solidairement tenue des dettes contractées par le mari.

(1) Loisel, 89. Ord. 1250, 4; Béziers, 1303, 30. Beaum., 30, 99, 100. Cf. Troyes, 134; Meaux, 26, 208. Pothier, 248 et suiv. : la communauté est tenue des amendes et réparations civiles à raison des délits du mari, sauf en ce qui concerne les délits entraînant condamnation à une peine capitale, car, en ce cas, le jugement emporte mort civile et opère de plein droit dissolution de la communauté; la dette du mari est postérieure à la communauté. Telle est la subtilité par laquelle on justifiait le déclin des pouvoirs du mari. Il est intéressant de comparer ce que dit Pothier à propos de la femme, n° 501. La mort civile, qui réduit à moitié le droit du mari, devrait, quand elle atteint la femme, entraîner la confiscation de sa part de commuuauté : loin d'avoir cet effet, elle empêche le droit de la femme de s'ouvrir. Cf. ci-après. *Jost.*, p. 219 : en cas de confiscation des biens du mari, la femme ne perd pas son douaire (et a *fortiori* ses propres), mais après son décès les biens sujets au douaire font retour au fisc. *Ass. de Jérus., Livre au roi*, c. 21. *TAC. Bret.*, 118, 235; *AC.* 423. *C. d'Anjou*, éd. B.-B., E, 78; I, 97. Toul., 120. Bord., *AC*, 21. Stobbe, 4, 98.

(2) Sur Vermandois, 12 : *aequissima consuetudo et secundum sententiam quam semper a XL annis contra veterem rigidum stylum propugnavi Parisiis in senatu.* Loisel, 846, cite en ce sens une Ord. ou privilège accordé en 1431 par Henri VI aux Parisiens.

(3) **Délits de la femme.** Au treizième siècle, le mari en est encore personnellement responsable, ce qui met à la charge de la communauté les amendes et réparations pécuniaires. *Jost.*, p. 131. Beaum., 30, 55. Au seizième siècle, la responsabilité du mari a disparu, sauf dans quelques Coutumes où on le protège par la séparation de biens. La dépendance de la femme n'est plus assez grande pour qu'on puisse dire qu'elle a agi sous l'influence du mari. Mais comme elle n'a pas de biens, à moins qu'elle ne puisse être soumise à la contrainte par corps, la victime du délit est désarmée contre elle durant le mariage; elle l'est aussi contre le mari. En cas de confiscation des biens de la femme à la suite d'une peine capitale, sa part de communauté allait : *a*) au fisc, Bourb., 266. Tour., 255. Beaum., 30, 99; cf. ci-contre, délits du mari; *b*) à ses héritiers, Orl., 209; *c*) au mari. Dumoulin, s. Montargis, 5, 3. Loisel, 847 (Laur. : *Comme les femmes ordinairement contribuent moins que les maris à l'avantage de la communauté, on a toujours regardé les communautés comme une espèce de libéralité que les maris faisaient à leurs femmes*). Pothier, n° 501.

(4) Anciennement l'autorisation de justice n'était pas en usage; en cas de

Elle ne peut l'engager qu'en contractant avec l'autorisation du mari (1), sauf si elle est marchande publique pour son commerce (2) ou dans quelques cas exceptionnels, comme pour tirer son mari de prison (3). Lorsqu'elle agit avec l'autorisation de son mari, on se demande à quel titre la communauté est obligée (4). Selon la conception primitive, le mari seul avait le droit d'engager la communauté ; l'acte de la femme autorisée était censé l'œuvre du mari ; la femme s'effaçait et ne l'avait accompli qu'en qualité de mandataire. Il en résultait que, durant la communauté, la femme ne pouvait pas être poursuivie sur ses propres et qu'à la dissolution de la communauté, elle n'était tenue que pour moitié (à supposer qu'elle n'usât ni du droit de renoncer ni du bénéfice d'émolument) ; le mari, au contraire, pouvait être poursuivi pour le tout, comme s'il avait contracté lui-même. Cette manière de voir était peu d'accord avec les faits ; la femme avait parlé à l'acte, elle s'était obligée personnellement et avait obligé les siens ; elle n'était pas le simple porte-paroles du mari. A mesure que se dégagea mieux l'idée de ses droits sur la communauté, on envisagea celle-ci comme tenue du chef de la femme et le mari ne put être poursuivi que pour moitié, en qualité de commun en biens, à la dissolution du mariage (5).

nécessité, la femme pouvait obliger la communauté (Ci-dessus, p. 100, t. II. *Jost.*, p. 131. *Ass. de Jér.*, *C. des B.*, 191. Bout., I, 9) en agissant seule. On a vu comment s'introduisit l'usage de la faire habiliter par les tribunaux. Orl., 201. Paris, 224. Loisel, 124.

(1) Argou, 3, 13 (on présume qu'elle s'est obligée pour son mari). Lebrun, 2, 3, 1, 2. Pothier, 730. Affaires du ménage, ci-après.

(2) Ci-dessus, p. 96, t. II. Beaum., 43, 28 : *le baron li lesse demener por lor commun porfit*. Le simple fait d'exercer le commerce au vu et au su du mari équivalait à une autorisation. Poitou, 227. Cf. proverbe : *Le tablier de la femme oblige le mari. Et. de saint Louis*, 1, 47. *Ass. de Jér.*, *C. des B.*, 132, 191. Paris, 234. Loisel, 57, Stobbe, I, 282.

(3) Vestige du droit ancien. Ci-contre.

(4) Sur la capacité personnelle de la femme, d'après Beaumanoir et dans la suite, cf. ci-dessus, p. 102, t. II. Cf. *TAC. Bret.*, 40. *Const. Chât.*, 39. Desm., 289. *Anc. C. Anjou*, éd. B.-B. Table, v° *Femme mariée. L. d. dr.*, I, 184.

(5) Lorsque la femme s'oblige avec son mari, elle est réputée n'être que sa caution ; en Bretagne, *TAC.*, 312, 314, elle pouvait opposer au créancier le bénéfice de discussion ; le droit commun des Coutumes la laissa exposée au même rang que le mari aux poursuites des créanciers, mais elle lui donna un recours contre le mari, en partant de l'idée que ce dernier avait seul profité de ses engagements (sauf preuve contraire), Argou, 3, 13, etc.

8. — **Administration de la communauté.** — Elle appartient au mari, tout comme la gestion des propres de la femme, à raison de sa puissance maritale. « *Li hons est mainburnisseres,* » dit Beaumanoir (1); ses pouvoirs sont si étendus qu'on le qualifie de *maître et seigneur de la communauté* (2) et qu'on dit de la femme : *non est proprie socia, sed speratur fore* (3). Au treizième siècle, il y a cependant à distinguer entre les meubles et les conquêts ; le mari a le droit de disposer des meubles sans restriction, et ses pouvoirs sont plutôt ceux d'un propriétaire que ceux d'un gérant de société ; il ne peut disposer des conquêts qu'avec le concours de la femme. Sur les meubles de la femme, il n'a fait que conserver un droit qu'il avait déjà avant l'existence de la communauté ; il convient que la femme souffre la volonté de son seigneur en ce qui concerne ses meubles et les dépouilles de ses héritages, « tout soit ce qu'elle y voie sa perte ouvertement » (Beaumanoir) (4). Pour les conquêts, le mari ne peut pas en disposer seul (5), pas plus d'ailleurs qu'il ne peut disposer seul de ses propres, à cause du douaire qui les grève.

On voit combien le droit coutumier était éloigné du système du Vellèien interdisant aux femmes de cautionner autrui. Ci-dessus, p. 157, t. II. *TAC. Bret.*, 329. *C. d'Anjou,* éd. B.-B. F. 1167. E, 228; I, 261. Ducoudray, *Orig. du Parl.*, p. 799.

(1) Beaum., 21, 3; 30, 99, 100; 31, 2; 57, 2. *Jost.*, p. 169. *Cout. not.*, 14, 164, 175. Desm., 70, 152, 161. *Gr. C.*, 2, 31. Paris, 107, 110, 226.

(2) Beaum., 57, 2 : *li maris de droit commun est sires de ses biens et des biens à sa fame.*

(3) Voy. ci-après, p. 808, t. II. Cf. certains droits allemands où chaque époux peut disposer des biens communs (Münster), ou bien où les époux doivent contracter ensemble pour que la communauté soit obligée (Nuremberg). Stobbe, 4, 209.

(4) Beaum., 21, 2; 30, 99. *Jost.*, p. 173. Desm., 152. *L. d. dr.*, 581, 884, etc. Bout., 2, 29. *TAC. Bret.*, 82, 215, 211 (récompense à la femme pour le cas où les filles ont été dotées en conquêts).

(5) *Jost.* p. 169 : *Li doeres ne puet estre encombriez ne l'éritage à le feme ne sa part des conquez, s'ele ne l'otroie. Home et fame poent vandre ce qu'ils ont ensemble por besoing.* Beaum, *loc. cit.* (ci-dessus, p. 785, t. II, et cf. Stobbe, IV, 277). *L. d. dr.*, 829. *TAC. Bret.*, 40, 211, 217 : la femme est aussi grande que l'homme dans les conquêts. Jamont, Thèse, p. 50. Glasson, 7, 367. Mais cf. *Ass. de Jér., C. des B.*, 162, Desm., 70. Paris, 225. Anjou, 289. Tours, 254. Viollet, p. 781. Catane, 3, 4 : le mari ne peut aliéner les immeubles communs sans le concours de la femme. Cf., en droit allemand, la pratique de la *gesammte Hand.* Mais dès le douzième siècle, on voit aussi le mari disposant seul, et sans le concours de la femme, des conquêts immobiliers. Stobbe, IV, 209. La question est particulièrement importante sous le régime de la communauté universelle. — Cf. Guénois, *Conf.*, p. 557.

Cette limitation à ses droits surprend d'autant plus qu'elle a disparu des coutumes dès le quatorzième siècle (1). Elle tenait peut-être à la vieille règle que les héritages ne répondaient pas des dettes : les engagements du mari grevaient les meubles, mais non les conquêts, et la femme, en renonçant aux meubles, conservait sa part de conquêts. Le mari, s'il ne pouvait la lui enlever indirectement en contractant des dettes, aurait dû pouvoir, semble-t-il, les aliéner comme les acquêts par lui faits avant le mariage ; mais les droits de sa femme, affirmés par le fait de l'acquisition en commun, s'y opposaient ; on vit en elle un copropriétaire dans l'indivision et on obligea le mari à n'agir qu'avec son concours, d'autant que les immeubles étaient des biens à la conservation desquels on tenait beaucoup. Au quatorzième siècle, au contraire, le mari a le droit de disposer des conquêts comme des meubles. Les immeubles avaient cessé d'être insaisissables (2) : dès lors, les créanciers du mari purent s'attaquer aux conquêts aussi bien qu'aux meubles ; pour se décharger des dettes de communauté, la femme dut renoncer à la fois aux meubles et aux conquêts, c'est-à-dire à la communauté tout entière. Du moment où les conquêts répondaient des dettes du mari, le concours de la femme à leur aliénation devenait fort inutile, d'autant que la subordination de fait dans laquelle elle se trouvait faisait de sa présence une pure formalité ; on préféra lui donner d'autres garanties. Elles consistèrent, les unes, dans des restrictions aux pouvoirs du mari, les autres (dont il sera question plus loin), dans la faculté de se retirer de la société conjugale.

Les **limitations aux pouvoirs du mari** portent principalement sur ses libéralités et sur ses dettes. Il lui est loisible de disposer des biens communs, même par donation entre vifs (3),

(1) Paris, 225. Coquille, s. Niv., 23, 3. Pothier, n° 3. Bretagne, *AC*, 414 ; *NC*, 444 (cf. 443). *Cout. not.*, 175. Desm., 152.

(2) Cf. ci-dessus, p. 552, t. II. L'évolution qui conduisit à ce principe nouveau a été tantôt plus rapide, tantôt plus lente, suivant les lieux. Boutiller ne parle que de l'exécution sur les meubles et les levées d'héritages, tandis que J. d'Ibelin, 185, s'occupe de la vente du fief pour dette connue et prouvée. L'application de ce principe, soit sous sa forme définitive, soit par les voies indirectes qui y conduisirent, à la matière de la communauté, a dû varier aussi.

(3) *Cout. not.*, 175. Desm., 152. *L. d. dr.*, 911, 929, 930, 937. *Anc. C. Anjou*, II, 237. — Pothier, n° 3. Ferrière, s. Paris, 225. Britz, 841. — Interdiction des dons entre vifs, Anjou, 289. Maine, 304. — *Landrecht* prussien, 2, 1,

à son plaisir et volonté, sans le consentement de sa femme, mais seulement à personne capable et sans fraude (Paris, *N. C.*, 225). Or, il y aurait fraude, s'il tirait un avantage personnel des dons de biens communs (par exemple en disposant au profit de ceux dont il doit hériter ou de ses héritiers présomptifs, de ses enfants du premier lit, de ses bâtards) ou s'il donnait une quote-part des biens communs, *a fortiori* la totalité de la communauté (1). Jamais il n'avait pu tester que de sa part dans la communauté, car le testament n'ayant d'effet qu'à la mort du testateur, le mari n'avait à ce moment que la moitié de la communauté (2). — S'il oblige toujours la communauté par ses délits, on a vu que la confiscation avait fini par se restreindre à sa part. — La théorie des récompenses l'empêchait aussi de s'enrichir aux dépens de sa femme et la séparation de biens obtenue par celle-ci entraînait plus qu'une restriction aux pouvoirs du mari, elle en impliquait la déchéance. — En dépit de ces restrictions, il n'en est pas moins vrai qu'il ne cesse pas d'être le maître et seigneur de la communauté ; il conserve, en principe, le droit de disposer à titre onéreux et à titre gratuit des biens qui la composent. Ce n'est pas un simple administrateur de la fortune d'autrui.

9. — **Rôle de la femme** (3). — De ce que la femme ne participe point à la gestion des biens communs, il serait inexact de conclure qu'elle est étrangère à la communauté du vivant du mari (4). La célèbre formule de Dumoulin : *non est proprie socia.*

381. Stobbe, IV, 208 (*reclamatio uxoria* dans un bref délai). — Add. Coucy, 1, 1, etc.

(1) Sur les donations avec réserve d'usufruit, Pothier, n° 480.

(2) Desm., 70. Paris, 296. Loisel, 121. — Mais dans la période de transition où se forme la communauté, il arriva sans doute que l'on permit au mari de disposer par testament des biens communs. C'est ce que fait encore la Cout. de Lorr., 2, 7. — Cf. sur la communauté universelle, Stobbe, 4, 214.

(3) Cf. sur le droit actuel, Basset, Thèse, 1896. Sur l'ancien droit allemand, R. Bartsch, *Rechtsstellung der Frau*, 1903. Suisse ; Huber, *op. cit.*

(4) Sur la capacité de la femme mariée, en général, cf. ci-dessus, p. 87 et s., t. II. La femme commune a deux sortes de droits, des droits sur ses biens propres et des droits sur la communauté. — a) Quand les vieilles idées sur l'incapacité des femmes furent abandonnées et qu'on permit aux filles et aux veuves d'agir comme des hommes, — notons que cela ne se fit pas sans difficulté, sans hésitations et contradictions, ainsi en Bretagne, *TAC*, 337, la femme ne peut pas s'obliger pour les tiers, tandis qu'elle le peut pour son mari, ses père et mère et ses enfants, ailleurs elle ne peut faire

sed speratur fore (1), est excessive, et de même la paraphrase de Pothier : « *Le droit qu'a la femme n'est regardé, pendant que la communauté dure, que comme un droit informe qui se réduit au droit de partager un jour les biens qui se trouveront la composer lors de sa dissolution.* » La femme est tenue systématiquement à l'écart des affaires de la communauté ; elle est invisible souvent, mais toujours présente par ses droits futurs et par les garanties dont ils sont entourés (2). On peut dire d'elle, comme d'un associé dans une société qui a un gérant statutaire, que son droit est *potius in habitu quam in actu*. Bien mieux, il est des occasions où ce droit se manifeste : ceci n'est pas une allusion aux cas où elle fait les affaires du ménage (3) ou encore à celui où elle fait le commerce au su de son mari (4) ; son titre d'associée n'a rien à faire avec son rôle de maîtresse de maison, telle qu'on la représente, portant ses clefs et sa bourse à la ceinture ; la preuve, c'est qu'elle a le même rôle sous le régime sans communauté et qu'elle oblige le mari dans les mêmes conditions ; sa situation à cet égard est celle de l'individu *alieni juris* en droit romain, esclave ou fils de famille, mis à la tête d'un pécule ou chargé de certaines affaires ; la

son testament sans autorisation maritale, le mariage ne l'émancipe point partout, en Bourgogne les actes faits sans autorisation passent pour contraires aux bonnes mœurs, etc., — à ce moment on aurait pu reconnaître à la femme mariée la liberté de disposer de ses propres, de s'obliger par rapport à eux, à condition de respecter la jouissance de la communauté ; la tendance en ce sens, après avoir joui d'une certaine faveur, échoua, cf. ci-contre, p. 88, t. II. La femme tenue pour incapable dut être munie de l'autorisation maritale ou de l'autorisation de justice. — *b*) Même incapacité, et à plus forte raison, pour ses droits sur la communauté, car la gestion des affaires communes est confiée au mari. On peut se demander cependant si cette incapacité est absolue.

(1) Dumoulin, s. 109, Paris, n° 3 ; cf. s. 37, 1, 1. Pothier, n° 497. Laur., s. Paris, 225 : si le mari est seigneur des meubles et des conquêts immeubles, il n'en est pas propriétaire, si ce n'est de la moitié seulement.

(2) Dans les Coutumes qui admettent le douaire des enfants, le consentement de la femme à l'aliénation des biens du mari sujets au douaire ne prive pas les enfants de leurs droits ; de sorte que le concours de la femme à cette aliénation devient peu utile et rare. Pothier, *Douaire*, n°s 85, 343. Cf. dans le droit actuel, l'hypothèque de la femme sur les conquêts et sur les propres du mari ; la femme intervient d'ordinaire à l'aliénation de ces biens, parce que les tiers acquéreurs exigent qu'elle renonce à son hypothèque.

(3) Dumoulin, s. 114, Paris, n° 3, la qualifie de mandataire du mari. Pothier, n° 574. Chaisemartin, p. 324. Cf. ci-dessus, p. 751, 765, t. II.

(4) Cf. ci-dessus, p. 96 et p. 803, t. II.

même observation s'applique à la femme marchande publique (1). Où elle apparaît comme associée, c'est quand elle lègue sa part de communauté, c'est quand elle concourt avec son mari aux donations entre vifs d'objets communs, c'est aussi peut-être quand elle s'engage avec l'autorisation de son mari (2) et par là oblige la communauté ; sur ce dernier point, on ne peut se prononcer qu'avec hésitation, parce que, comme on l'a vu, nos anciens auteurs n'étaient pas d'accord sur le rôle de la femme. A l'époque de Beaumanoir, elle était aussi investie de plein droit, sans autorisation de justice, des pouvoirs du mari, chaque fois que celui-ci faisait défaut (absence, folie, prison) ; mais encore ici il est à remarquer qu'elle était dans la même situation sous le régime sans communauté ; on avait vu là des cas de nécessité qui faisaient provisoirement de la femme le chef du ménage ; par la suite, l'autorisation de justice lui fut indispensable (3), mais elle n'en était pas moins, dans une mesure restreinte, à la tête de la communauté (4).

10. — Le mari a également l'**administration des propres de la femme** (5) ; on ne saurait le priver de ce droit qui lui appartient à un double titre : *a*) d'abord à raison de sa puissance maritale ; c'est ce qui fait qu'il le possède aussi sous le régime exclusivif de communauté ; *b*) ensuite, comme chef de la com-

(1) Desmares, 77, permet à la femme d'agir en justice à raison de son salaire, sans autorisation maritale.

(2) Actes anciens contenant des autorisations solennelles. Jamont, Thèse, p. 19 (a. 1151). Cf. ci-dessus, p. 100, t. II.

(3) C'est ce qui a fait dire que : « jadis copropriétaire de la masse commune dès le temps du mariage, malgré son rôle de subordonnée, elle n'a plus, au seizième siècle, qu'un droit incomplet dans la communauté. » D'associée en second, elle serait descendue au rang d'une étrangère. On retrouverait là l'influence néfaste du droit romain. Cf. ci-dessus, p. 88, t. II. A notre avis, on s'exagère beaucoup cette influence ; le droit romain n'est souvent que le pavillon étranger qui couvre une marchandise toute nationale, le masque à la mode qu'une théorie doit revêtir pour avoir accès dans le monde juridique.

(4) Sur les contrats entre époux, cf. ci-dessus, p. 101, t. II. L'interdiction absolue de ces contrats s'explique par la crainte des avantages indirects et par l'idée de la dépendance de la femme. *Gr. C.*, p. 321. Dumoulin, s. 156, Paris, n° 5 : *nullum contractum etiam reciprocum facere possunt, nisi ex necessitate.* Pothier, *Don. entre mari*, n° 78. Niv., 23, 27. Bourb., 226. Norm., 410. Bourg., 26 (le consentement des héritiers présomptifs les valide), Lebrun, 1, 5, 3, 4. Cf. sép. de biens. Hauriou, Thèse, 1898.

(5) Beaum., 57, 2 ; 30, 99 ; 21, 2. *Gr. C.*, 2, 32, p. 322 : *de consuetudine maritus est procurator legitimus et necessarius uxoris suae.*

munauté, parce qu'il est naturel qu'ayant la jouissance des propres, il en ait aussi l'administration ; il en résulte que la femme ne pourrait point, par exemple, se réserver la gestion d'une partie de son patrimoine (1). La séparation de biens contractuelle n'apparaît qu'à la fin de l'Ancien Régime et encore est-elle d'une extrême rareté (2). Les pouvoirs du mari s'étendent donc sur tous les biens de la femme (3), et comme ces biens sont tous apportés au mari pour subvenir aux charges du ménage, on peut dire qu'ils sont tous dotaux. Le mari a le droit de les donner à bail pour la durée d'usage (9 ans en général) (4) et à condition de ne pas agir en fraude des droits de la femme (5). Il exerce les actions possessoires, mais ne peut agir au pétitoire (6), ni aliéner, ni grever d'aucune façon les immeubles de la femme (7); ainsi que le dit Loisel, 119, *quant à ce qui concerne la propriété, il faut que tous deux y parlent selon la Coutume de France.* Cette règle, attestée de longue date, s'appliquait même dans les pays où la communauté n'était pas admise. Si on l'avait enfreinte, la femme ou ses héritiers avaient le droit

(1) Ni le mari céder sa jouissance, ni ses créanciers saisir autre chose que les émoluments à mesure qu'ils se produisaient. Coquille, s. Niv., 107.

(2) Cf. ci-après.

(3) Les **biens nobles** de la femme passant au mari en sa qualité de bail, il y a lieu de payer le rachat, *Et. de S^t L.*, 1, 66, cf. mutation *mortis causa;* le mari prête la foi et l'hommage, peut se qualifier de marquis, comte, baron, si la seigneurie est un marquisat, un comté, etc.; il exerce les droits féodaux (semonce, saisie féodale, profits, etc.), les droits de justice (institution et destitution des officiers, etc.), les droits de patronage (présentation aux bénéfices ecclésiastiques, eau bénite et encens, litre funèbre, etc.). Pothier, *Puiss. mar.*, 86. *Gr. C.*, 2, 27. *Olim*, II, 56, 8. Loisel, 118, 178. *L. d. dr.*, 444. *TAC. Bret.*, 233. Cf. question de savoir si les veuves devaient prêter foi et hommage pour leur douaire. *Const. Châl.*, 79 (éd. Mortet). *C. d'Anjou*, éd. B.-B., IV, 182.

(4) *Secùs*, Blois, 179 (durée du mariage). Pothier, *Puiss. mar.*, 91, 93.

(5) Paris, 227. Un bail fait par anticipation serait frauduleux, Lamoignon, *Arrêtés*, t. 32, 59, 60 (droit de renouveler les baux neuf ou dix-huit mois avant l'expiration). Cf. C. civ., 1430.

(6) *Ass. de Jér., C. des B.*, 222. Beaum., 21, 2. *Cout. not.*, 161, 176. Desm., 20. *Olim*, IV, 336. Bout., 2, 23. *L. d. dr.*, 75, 581. J. Faure, *Inst., de act., § fueral*, n° 2. — *Secùs*, Melun, 214; Poitou, 228 (contr. à *L. d. dr.*). — *Const. Châl*, 25, 80 : en cas d'absence de la femme, le mari recueille les biens qui lui adviennent par succession et peut plaider à son lieu et place.

(7) Beaum., 21, 2; 57, 4. *Jost.*, p. 169, 170, 173. *Gr. C.*, 2, 32. *TAC. Bret.*, 10. *L. d. dr.*, 308, 484, 581. *Anc. C. Anjou*, I, 575; III, 460. Stobbe, IV, 277. Britz, 841. Dans certaines Cout. de Lorraine, l'aliénation du propre n'est valable qu'avec le consentement des parents de la femme. Marsal, 40.

de revendiquer le propre aliéné entre les mains du tiers acquéreur, une fois que le mariage était dissous (1), c'est-à-dire que la jouissance de la communauté avait pris fin. Cependant, si la femme avait accepté la communauté, elle était tenue, en qualité de commune, de l'obligation de garantie incombant au mari vendeur, et, par suite, à la communauté ; force lui était de restituer au tiers évincé la moitié du prix et des dommages-intérêts (2).

11. — La **dissolution de la communauté** résulte de la mort (naturelle ou civile) de l'un des époux ou de la séparation de biens (3).

12. — **Continuation de communauté** (4). — Après la mort de l'un des époux, la communauté, qui se dissout en règle générale, peut se continuer, d'après certaines Coutumes, à défaut de partage entre le survivant et ses enfants (5). — A° Au **treizième siècle,** la continuation de communauté, dont il n'est question qu'entre roturiers (6), semble n'être qu'une simple

(1) Jusque-là la vente est respectée. *Jost.*, p. 169, 170. Bout., p. 822. Ferrière, s. Paris, 226, gl. 1, n° 4. Lebrun, 2, 2, 4, 18.

(2) Telle est l'opinion commune. Pothier a varié : *Vente*, n° 179 (1762) : revendication pour moitié, car on peut lui opposer pour moitié l'exception de garantie; *Communauté*, n° 253 (1769) : revendication pour le tout, car le mari a excédé ses pouvoirs, mais elle rembourse la moitié du prix d'acquisition, qu'elle a reçu indûment, à l'exclusion de tous dommages-intérêts. Cf. *Puiss. du mari*, n° 84. Coquille, *Quest.*, 105. Ferrière, s. 226, Paris, etc.

(3) **Absence** : à l'âge de cent ans, l'époux absent est présumé mort; la communauté est donc dissoute à ce moment; jusque-là il y a lieu à l'envoi en possession des biens au profit de l'héritier présomptif de l'absent (après des délais variables selon les Coutumes); la communauté se trouve alors dissoute provisoirement, mais si l'absent reparaissait, elle était censée avoir toujours duré; en fait, les héritiers de l'absent avaient la faculté de laisser l'époux présent en possession des biens communs. Cf. C. civ., 124. Ferrière, Guyot, etc., *h. v°*. Pothier, 7, 274; 8, 106. Bretonnier, *h. v°*. Ci-après, *Etat civil*.

(4) Loisel, 386 et suiv. Laurière, s. Paris, 240; *Gloss.*, v° *Comm.* Renusson, 3e p. Lebrun, 3, 3. Pothier, 769. Ferrière, s. Paris, 240. Stobbe, § 222, 241.

(5) En Allemagne également. Cf. Stobbe, *loc. cit.* et p. 232 (*communio bonorum prorogata, fortgesetzte Gütergemeinschaft*). Cf. les institutions voisines de la *Verfangenschaft*, de l'*Alleinerbrecht des überlebenden Ehegatten*. Dans certains lieux, l'enfant qui a reçu sa part de communauté n'a plus rien à prétendre sur la succession du conjoint survivant. Ficker, n° 721, etc.

(6) Beaum., 21, 9. Le conjoint survivant, s'il est noble, garde tous les biens de ses enfants à raison de son droit de bail; cela rend impossible la formation d'une compagnie entre eux. *Anc. C. Anjou*, éd. B.-B., 2, 228. On

conséquence de la vie commune (1); la facilité avec laquelle s'établissaient les sociétés taisibles paraît en rendre raison (2). Mais si elle avait été isolée, l'action de cette cause n'aurait abouti qu'à la formation d'une communauté nouvelle au bout de l'an et jour, et de Laurière a soutenu, en effet, qu'il ne pouvait être question que d'une communauté nouvelle (3), malgré l'absence de la condition de délai (4). Cette thèse paraît condamnée par les textes; c'est la même communauté qui se continue de plein droit (5), entre enfants majeurs ou mineurs (6). Dans quel but ? On se proposait de laisser au conjoint survivant, dans l'intérêt de la famille, le patrimoine constitué à l'occasion du mariage. C'est ce qui avait lieu parfois sous le régime

a déjà vu que les sociétés taisibles étaient rares entre nobles. Le *Gr. C.*, 2, 40, se sert d'expressions générales. *Et. de saint Louis*, 1, 139, 140, 143. Sentence du Parl. aux Bourg. de 1293, dans Leroux de Lincy, p. 120 : il n'y a pas de compagnie entre le survivant et ses enfants, car l'un est chef d'hôtel et les autres acquièrent pour lui; il ne s'établit de compagnie qu'entre enfants après la mort du survivant. Cf. ci-dessus, p. 116, t. II.

(1) Au seizième siècle, tout au moins, la condition de cohabitation n'est pas requise, et elle n'existe pas d'ordinaire entre le conjoint survivant et les parents collatéraux du prédécédé. Orl., 216. Berry, 8, 19. Bourb., 270. Il n'est fait allusion qu'à l'absence d'inventaire et partage.

(2) La NC. d'Orléans, 213, abolit l'usage des sociétés taisibles consacré par l'art. 180 de l'AC., et cependant maintient la continuation de communauté, dans son art. 216, entre le conjoint survivant non noble et ses héritiers majeurs ou mineurs, descendants ou collatéraux.

(3) Laurière raisonne ainsi : *a*) le survivant, simple administrateur, n'a pas le droit de disposer comme le mari, chef de la communauté : *b*) la composition de la communauté n'est pas la même; tout ce qui est acquis par les deux conjoints fait partie de la communauté conjugale; ce qui est acquis par les enfants n'entre pas dans la communauté continuée. — Cette dernière observation n'était peut-être pas exacte pour le très ancien droit. Cf. *Gr, C.*, p. 371. La première est juste, mais elle ne prouve pas contre le maintien de la communauté; il y a là quelque chose d'analogue à la *Verfangenschaft* allemande.

(4) Beaumanoir, 21, 8, ne parle pas de la condition d'an et jour, mais il semble l'exiger plus loin, 21, 25. Il est vrai que l'on peut se demander s'il n'admet pas qu'il se forme une communauté nouvelle, 21, 9, *Gr. C.*, p. 365 (le survivant possède an et jour sans inventaire; les héritiers peuvent réclamer la communauté).

(5) Bourb., 270. Orl., *AC*, 182; *NC*, 216. Maine, 216. Gd Perche, 106, etc.

(6) La communauté se continue-t-elle même avec les héritiers, autres que les descendants, du conjoint prédécédé? Certaines Coutumes le déclarent, mais nous doutons qu'elles représentent l'ancien droit. Montargis, 9, 3. Berry, 8, 19. Bourb., 270. Bassigny, 55. Orl., 216. Châteauneuf en Thim., 70. Metz ville, 6, 9. En sens contr., Viollet, p. 787. — Cf. *Gr. C.*, 2, 40, p. 365, 371. *Anc. C. Anjou*, éd. B.-B., II, 230; IV, 263. Poitou, 254. Cambrai, 7, 11. *Ass. de Jér., C. des B.*, c. 187.

exclusif de communauté, sans qu'il fût question, par conséquent, de communauté proprement dite. C'est ce qui eut lieu aussi sous le régime de communauté auquel la vieille institution s'adapta tant bien que mal. Si le survivant des conjoints se trouvait être le père, il était naturel que ses enfants, soumis à son autorité, ne touchassent point à sa situation, au moins durant leur minorité ; si c'était la mère, cette solution, qui faisait d'elle le chef de la communauté, se justifiait moins aisément ; néanmoins, il était souvent de l'intérêt de tous de ne pas morceler le patrimoine conjugal par l'exercice du douaire. Le patrimoine de la communauté continuée comprenait, outre les biens communs durant le mariage, les acquisitions faites dans la suite par le conjoint survivant ; par contre, on n'y faisait guère entrer, en général, les acquisitions faites par les enfants (parce qu'elles ne provenaient pas des revenus communs, tous entre les mains du conjoint survivant, et ne pouvaient résulter dès lors que de libéralités personnelles). Quel qu'il fût, le survivant des époux avait les mêmes pouvoirs que le mari durant le mariage ; ainsi la veuve, aussi bien que le veuf, avait la direction des affaires communes ; le concours des enfants était requis pour les actes de disposition portant sur les propres qui leur revenaient, comme on exigeait durant le mariage le concours de la femme pour des actes analogues. Les enfants ne comptaient tous ensemble que pour une seule tête, ce qui s'accorde mal avec l'organisation des sociétés taisibles ; si l'un d'eux mourait sans postérité, sa part allait aux autres par droit d'accroissement, sans qu'il pût être question de succession ou de droit quelconque au profit du conjoint survivant. La communauté continuée prenait fin par la mort du conjoint, par son second mariage, d'après certaines Coutumes, par le partage effectué sur la demande des enfants devenus majeurs ou, en certains lieux, par le survivant lui-même. Au cas où le survivant se remariait, la communauté nouvelle établie entre lui et son conjoint se greffait sur l'ancienne, de façon à constituer une communauté à trois têtes, le nouveau conjoint et les enfants du deuxième lit ne comptant que pour une tête ; c'est ce qu'on appelait la *continuation de communauté composée* par opposition à la continuation de communauté simple (1). — B° Au **seizième**

(1) Beaum., 21, 8 (communauté à 3, 4 têtes, suivant qu'il y a un 2e, un

siècle, les communautés taisibles s'en vont : la continuation de communauté aurait dû disparaître avec elles, d'autant plus que les institutions archaïques d'où elle dérivait avaient cessé d'exister depuis longtemps. La Coutume de Paris la conserva pourtant à titre de *peine contre le conjoint survivant,* noble ou roturier, qui avait négligé de faire inventaire, et au profit des seuls enfants mineurs : par sa faute, il risquait de priver ses enfants de la part de communauté du prédécédé ; on autorisa ceux-ci à réclamer la moitié des meubles et acquêts qui se trouvaient entre ses mains au moment où ils agissaient ; de la sorte il ne pouvait s'enrichir à leur détriment, car il leur devait une part de ses bénéfices (1). Mais le remède était pire que le mal, on arrivait à des complications extrêmes dans le règlement des intérêts respectifs des parties, surtout avec la communauté tripartite.

13. — La **séparation de biens judiciaire** est une des garanties les plus énergiques organisées au profit de la femme contre la mauvaise administration du mari ; elle porte, en effet, à la puissance maritale une atteinte plus grave que la renonciation à la communauté ou le bénéfice d'émolument. Aussi ne l'admit-on point tout d'abord, même comme conséquence de la séparation d'habitation ; selon Beaumanoir, 57, 2 et 4, la femme n'avait droit, en pareil cas, qu'à un secours alimentaire, en supposant que la séparation eût été prononcée en sa faveur (2) ; prononcée contre elle, elle entraînait la perte du douaire et de sa part de

3e mariage). *Olim*, IV, 1176. *Gr. C.*, p. 371. — Cf. Sicile, Pertile, 3, 359. Messine, 7 (la part du conjoint binube, à sa mort, se divise par moitié entre les enfants du premier et du second lit). — Stobbe, IV, 285.

(1) Paris, *AC*, 118 ; *NC*, 240. Pothier, n° 769, etc. Code civil du Bas-Canada, 1323. Il dépendait des enfants d'opter ou non pour la continuation de communauté ; s'ils se prononçaient pour la dissolution au décès, il leur était difficile d'établir la consistance de la communauté. *Arr.* de Lamoignon, 29, 114 et suiv.

(2) Beaum., 57, 4 : la femme obtient de justice *des biens communs pour sa soustenance ; ne pour quant il n'i a nule division comme de moitié ne de quart*, 5 : elle perd ce qu'elle a reçu, si elle mène mauvaise vie. Pertile, 3, 356. Bien auparavant, les *Ass. de Jérus., C. des B.*, 171, 172, prennent des mesures pour la conservation du douaire, quand le mari s'appauvrit ; mais il n'y est pas question de partage de la communauté. Viollet, p. 790. Ci-contre, p. 744, t. II. *TAC. Bret.*, 82, 215. Cependant les *Olim*, 3, 152 (a. 1304), donnent à la femme divorcée par l'Eglise ses *bona immobilia et parafernalia*. Cf. **X**, 4, 20 ; 1, 4, 10.

communauté (1). Dans la *Somme rural* de Boutillier, si le mari se ruine, la femme demande la séparation de corps ou une partie de ses biens (2). La séparation de biens principale fut empruntée au droit romain vers le seizième siècle (3); elle est consacrée par l'article 224 de la Coutume réformée de Paris. On l'accordait à la femme (4) d'une façon assez arbitraire, en partant de l'idée romaine que la dot était mise en péril par le désordre des affaires du mari, *vergit ad inopiam*. La femme séparée reprenait ses propres; mais on se demanda si elle devait avoir sa part de communauté, le fait même que la séparation avait lieu faisant supposer que la communauté était mauvaise (5); la pratique la lui accorda cependant, car la femme avait chance de retrouver des débris de sa fortune mobilière dans ce qui restait de l'actif commun. La séparation de biens fut organisée par la jurisprudence de façon à sauvegarder les intérêts de la femme sans nuire aux tiers (6). Elle ne put résulter que d'un jugement; faite à l'amiable, elle aurait trop prêté aux simulations et aux tromperies ; ce jugement lui-même dut être entouré de publicité (car il rétroagissait au jour de la demande, afin d'éviter que le mari n'achevât de se ruiner) et exécuté sans fraude. Par l'effet de la séparation, la situation de

(1) *Gr. C.*, 2, 32, p. 322. *Jost.*, p. 217, 219 (l'un gagne en la folie à l'autre). Pothier, n° 507.

(2) Bout., 2, 8. *L. d. dr.*, 223. *Olim, loc. cit. Gr. C.*, 2, 32.

(3) Dig., 24, 3, 24. Nov., 97, 6. Ci-dessus, Rég. dotal. Loisel, 126, 395. Orl., 198. *AC. Bret.*, 408, etc. Argou, 3, 20. Viollet, p. 790, et Glasson, 7, 370, citent une pièce de 1396 visant une séparation de biens principale en justice. Desm., 129, ne prévoit pas ce cas. Stobbe, 4, 215.

(4) Quelques Coutumes accordent la séparation de biens au mari contre la femme, à raison des délits commis par celle-ci et de la responsabilité qu'il encourt (Maine, 145. Anjou, 160). En ce sens, Lebrun, 3, 1, 11, qui cite un arr. de 1602 du Parl. de Paris prononçant la séparation de biens au profit d'un mari dont la femme avait 114 procès. Cette opinion de prévalut pas. On fit de la séparation un privilège pour la femme, sous l'influence de la tradition romaine et en partant de l'idée que c'était un remède aux abus de la puissance maritale, un moyen d'empêcher le mari de dissiper la dot. Pothier, n° 513. *Secùs*, droit allemand.

(5) Laurière soutient que l'acceptation de la communauté est en contradiction avec la séparation de biens. En sens contr., Lebrun, etc.

(6) Arr. de règl. de 1555 (Normandie). Réclamations aux Etats de 1614 (Picot, *Hist. des Et. gén.*, 4, 69). Ord. 1629, 143, 193; Edit sept. 1703. Arr. de Lamoignon, 29, 71 et suiv. Pothier, n° 518. Règlements locaux, par exemple à Orléans. Sur les femmes des marchands, cf. Ord. 1673, t. 8. Viollet, p. 793.

la femme se trouve bien modifiée. Remise à la tête de sa fortune, elle en avait, d'après certaines Coutumes, la libre disposition, comme si elle n'avait pas été mariée (1) : le droit commun coutumier, sans aller jusque-là, lui accordait du moins la jouissance et l'administration de ses biens, à charge de verser à son mari une part de ses revenus pour les charges du ménage (2). Le rétablissement de la communauté était possible du consentement des deux époux ; mais il devait être constaté par acte authentique, sauf au cas de séparation de corps où il résultait du rétablissement de la vie commune (3).

14. — **Droit pour la femme d'opter entre l'acceptation et la renonciation.** — Un associé n'a pas à opter entre l'acceptation et la répudiation de la société, quand celle-ci se dissout ; il prend sa part dans les bénéfices et dans les pertes. Il en est autrement des héritiers appelés à une succession ; ils ont le choix entre deux partis, accepter ou renoncer. La femme commune est traitée comme un héritier plutôt que comme un associé ; elle a la faculté de renoncer à la communauté, afin de se soustraire aux suites de la mauvaise administration du mari. Par là elle se rend après coup étrangère à la société, lorsque le passif dépasse l'actif. On est même allé plus loin ; on l'a autorisée à convenir qu'elle pourrait retirer sa mise en renonçant ; c'est la *clause de reprise d'apport franc et quitte* (4). En laissant de côté une clause aussi exorbitante, constatons qu'on justifiait le

(1) Bourb., 170, 232. Montargis, 8, 6. Dunois, 58. Sedan, 97. Ci-dessus, p. 101, t. II. Viollet, p. 790. Dans les séparations de biens, il est permis de donner à la femme une autorisation générale d'aliéner ses biens, d'après certaines Coutumes, Berry, 1, 21; Flandre, Guyot, *h. v°*. Pasquier, *Inst.*, p. 370. Certains concluent du *Gr. C.*, 2, 40, p. 371, que les époux, en faisant division ou protestation dans l'an et jour, étaient séparés de biens; nous croyons que la division ou protestation de nature à écarter la communauté n'était possible que de la part des parents dont parle aussi le *Gr. C.* Ci-contre, p. 790, t. II.

(2) Loisel, 126. Deux tendances au sujet de la capacité de la femme séparée : les uns lui permettant de disposer de son mobilier sans restriction, au moins à titre onéreux, et de s'obliger sur ses immeubles ; les autres voulant qu'elle ne dispose de ses meubles que pour subvenir à ses besoins et qu'elle ne contracte que des obligations modiques n'excédant pas la valeur du mobilier.

(3) Effet rétroactif. Orl., 199. Pothier, n° 524.

(4) Cf. Desmares, 129. Contrairement à l'opinion de Lebrun, la femme doit alors payer ses dettes antérieures au mariage. On tendait à en faire une clause de style. Louet, *D*, 39, 9. Argou, 3, 6. *Arr.* de Lamoignon, 23, 37. Cf. ci-dessus, p. 793, t. II.

droit de renonciation en disant avec Dumoulin : *marito non licet onerare propria uxoris* ; si la femme n'avait pas pu renoncer à la communauté, elle aurait dû payer les dettes du mari qui étaient en même temps dettes de la communauté ; ses propres auraient été saisis et le mari serait arrivé indirectement à l'en dépouiller. On organisa la renonciation à la communauté comme la renonciation à succession ; elle dut se faire en justice ou par acte notarié ; le délai accordé pour y procéder, variable selon les Coutumes, était, d'après Loisel, de 40 jours à partir de l'inventaire, et l'inventaire lui-même devait se faire dans les 40 jours du décès : « le terme de 40 jours et de 40 nuits étant l'ordinaire des Français ». L'Ordonnance de 1667, t. VII, art. 5, donna à la femme 3 mois et 40 jours pour faire inventaire et se prononcer : au bout de ce temps, elle perdait l'exception dilatoire qu'elle était en droit d'opposer jusque-là aux créanciers de la communauté, mais non la faculté de répudier.

Au quatorzième siècle, la renonciation se présente sous la forme d'un acte symbolique consistant dans le jet de la ceinture, de la bourse et des clefs de la veuve sur la fosse du défunt aussitôt que le corps est en terre ; cela fait, la veuve doit se garder de retourner à *l'hostel où les meubles sont*, mais s'en aller *gésir aultre part ;* elle ne doit emporter que son commun habit. A ces conditions elle est *quitte à toujours des debtes* (1). Cette cérémonie accomplie sans délai, sans qu'on ait eu le temps de la réflexion, témoigne de l'état rudimentaire de l'institution. Qu'était la renonciation à la communauté à ce moment ? Existait-elle même ? Quelle est son origine ? Sur cette embarrassante question (2), observons d'abord que le motif invoqué au seizième

(1) *Gr. C.*, p. 375. Lecoq, *Q.*, 131. *AC*, Bourges, 3. Bout., 2, 21. Bourg., *AC*, 38, 39; *NC*, 4, 20 (Chasseneuz, p. 749). D'Achery, *Spicil.*, III, 721. Loisel, 132 (ex. historiques). Pasquier, *Rech.*, 4, 8. Ragueau, v^is *Clefs*, *Ceinture*. Au seizième siècle, l'usage persiste dans quelques Coutumes, Vichy, Meaux, Lorr., 2, 3, etc. Allemagne : *Schlusselrecht* ou *Mantelrecht*. Stobbe, § 221. — Sans doute, la veuve pouvait aussi renoncer en justice dans les cas où un obstacle empêchait le cérémonial d'usage de s'accomplir sur la fosse; ainsi un *Fragm. d'un Répert. de jurispr. parisienne au XV^e s.*, n^os 47 et 172, nous la montre déposant sa ceinture, sa bourse et ses clefs sur le bureau du prévôt. Il fut aisé de passer de là à une simple déclaration. Britz, 840.

(2) Les auteurs sont très divisés. Loisel, 112, 113. Ginoulhiac, 312. Laboulaye, 286. Tardif, *op. cit.*, Guilhiermoz, *BCh.*, 1883, 489 (analyse soigneuse des textes). Glasson, 7, 371. Viollet, 785. Stobbe, § 221, 222.

siècle pour justifier la renonciation, n'existait point au début de l'époque coutumière ; en effet, les propres étaient insaisissables ; le mari avait beau s'endetter, il n'arrivait point par ce moyen à aliéner d'une façon indirecte les propres de sa femme ou même d'une manière générale les immeubles qu'elle possédait. En l'absence de renonciation, tout au plus la femme eût-elle été exposée à être poursuivie sur ses meubles futurs, en particulier sur les revenus de ses propres. C'est là un mal sans doute, c'est cependant un moindre mal que si elle avait été expropriée de ses fonds de terre. Avec des créanciers un peu tolérants, et leur intérêt leur commandera souvent la patience, on conçoit un régime de commmunauté sans renonciation. La question est de savoir s'il a existé. Nos anciens auteurs le croyaient. Ils estimaient que le droit de renonciation était inconnu à l'origine, mais qu'il s'introduisit au profit des veuves nobles à l'occasion des croisades, parce que leurs maris se ruinaient et les ruinaient pour aller guerroyer en Terre Sainte ; ce privilège aurait appartenu aux veuves des croisés, puis aux veuves de tous les nobles et enfin, par un dernier progrès, aux veuves des roturiers. La première trace de cette explication se trouve dans un passage du Grand Coutumier de France, c'est-à-dire dans un ouvrage composé longtemps après les croisades ; aucun témoignage contemporain ne la confirme (1). Nul ne l'accepte aujourd'hui. Il est, d'ailleurs, un point que l'on n'avait pas assez remarqué ; les textes antérieurs au quinzième et au seizième siècle ne s'occupent pas de la renonciation à la communauté considérée comme un tout indivisible ; ils ne parlent que de la renonciation aux meubles (2) : en abandonnant sa

(1) *Gr. C.*, p. 375 : *l'en dict communement que la femme noble a élection de prendre tous les meubles et payer toutes les debtes ou de renoncer aux meubles pour estre quitte des debtes... Et la raison pourquoy privillèye de renonciation leur fust donné, ce fust pour ce que le mestier des hommes nobles est d'aller ès guerres et voyages d'oultre mer ; et à ce se obligent et aulcunes fois y meurent et leurs femmes ne peuvent pas de legier estre acertences de leurs obligations faictes à cause de leurs voyages, de leurs rançons et de leurs plégeries.* Cf. note de Charondas, *h. l.* Bridrey, *Priv. des croisés*, Thèse, 1900. — Cf. Maillart, *Cout. d'Artois*, p. 815. Loisel, 112.

(2) Tantôt il est question de la renonciation à la part de meubles qui doit revenir à la femme, tantôt de la renonciation à la totalité des meubles (préciput du conjoint noble). *Gr. C.*, p. 375. *Const. de fief, loc. cit.* J. Lecoq, 131. Bout., 2, 11. *AC. Champ.*, 12. Paris. *AC*, 115, 116; *NC*, 237 et suiv.

part de meubles, la femme se libère des dettes ; cela ne l'empêche pas d'avoir la moitié des conquêts (1). D'autre part, la renonciation aux meubles n'est permise qu'à la femme noble (2). Sur ces deux points, le droit changea. L'ancienne Coutume de Paris, 115, n'accordait pas encore le droit de renoncer à la veuve roturière (3), ce n'est que dans la Coutume réformée, 237, qu'il fut consacré conformément à la doctrine de Dumoulin. On ne sait pas exactement à quelle époque la renonciation, au lieu d'être limitée aux meubles, a dû porter sur toute la communauté. Certains manuscrits du Grand Coutumier mentionnent la renonciation aux meubles et aux conquêts. Il y a lieu de croire que c'est vers la fin du quatorzième siècle que le changement s'effectua (4). Il était, d'ailleurs, dans la logique des

Coust. de Verm., 307. *AC. Picardie*, p. 110. La renonciation apparaît même sous le régime sans communauté, lorsque le survivant recueille tous les meubles avec la faculté d'en disposer librement, tandis que les immeubles lui sont bien attribués, mais sous réserve des droits des enfants. Nous avons déjà noté cette tendance remarquable au maintien de l'unité de patrimoine au décès de l'un des époux.

(1) *Olim*, 2, 240 (a. 1284), et *AC. Champ.*, 12 : le mot *héritage* comprend-il la part de conquêts? Cf. Vitry, 92. Sedan, 88. Bretagne, *TAC. Bret.*, 315; Ord. de Jean V, 1420, art. 24 : la femme renonçante n'aura pas droit aux acquets, D. Morice, II, 1058. Paris, *AC*, 115. *Coust. de Verm.*, 307.

(2) *TAC. Bret.*, 35, 207. Desm., 153. *Cout. not.*, 15, 83. Bout., 1, 20. *Anc. C. Anjou*, éd. B.-B., I, 483; II, 338; III, 334; IV, 201. Guilhiermoz, p. 500 : renonciations de princesses au quatorzième, quinzième siècle. Elles étaient vues de mauvais œil. En Bourgogne, la femme renonçante est privée de son douaire, chambre garnie, bagues et joyaux, etc. Loisel, 398 (anciennement perte du don mutuel). Guénois, *Conf.*, p. 578 et suiv.

(3) Loisel. 113 (De Mesme). AC. Poitou, Guilhiermoz, p. 497. — Est tenue pour illicite la clause par laquelle la femme s'interdit, dans son contrat de mariage, de renoncer à la communauté; cf. cep. Orl., 204; la faculté de renoncer était donc devenue d'ordre public. — Ce fut d'abord un droit personnel à la femme ; ses héritiers ne pouvaient y prétendre, sauf clause spéciale dans le contrat de mariage ; des arrêts du seizième siècle (15 avril 1567. Orl., 204) leur reconnurent la faculté de renoncer. Pothier, n° 550. — L'extension en ces deux sens de ce droit démontre qu'il n'appartenait pas naturellement à la femme commune; c'est un droit qu'elle a acquis avec peine. La formule courante au quatorzième siècle : *conquaestus mobilia et debita esse communia*, exclut aussi l'idée de renonciation. *Gr. C.*, p. 321. J. Lecoq, 83. Cf. aussi *Gr. C.*, p. 218 (femme tenue de payer les dettes contractées solidairement avec son mari, quoique tous les meubles aient été confisqués).

(4) Dans les éditions imprimées du *Gr. C.*, p. 375, il n'est question que de la renonciation aux meubles, mais dans plusieurs mss. on parle des meubles et conquêts. Dans les *Coustumes de fiefs* (abrégées par le *Gr. C.*, p. 298), *BCh.*, 2e s., 5, 56, la femme renonce à tous biens meubles et à

choses, car du jour où les immeubles devinrent le gage des créanciers, la femme ne pouvait retenir sa part de conquêts sans contribuer aux dettes (1). La dissociation de la communauté en deux parties, meubles et conquêts, n'a rien de surprenant pour le très ancien droit ; c'est un peu de même qu'on distingue, en matière de succession, les héritiers des meubles et ceux des propres. On s'explique moins bien pourquoi la renonciation aux meubles semble réservée aux seuls nobles ; si c'est une faveur qui lui est faite, on en cherche vainement les motifs ; car il paraît bien difficile de croire que les nobles fussent les seuls à s'endetter, malgré le proverbe : *vilain a du comptant, un noble prince n'a jamais un sol ;* si c'est un droit qu'ils exercent, il devrait appartenir aux roturiers. En admettant que la communauté n'a pas été pratiquée tout d'abord par les nobles, le problème se trouverait résolu d'une façon assez satisfaisante : la qualité de commun en biens ou associé interdisait au roturier de renoncer (2) : au contraire, le conjoint noble était appelé à un gain de survie qu'il lui était loisible de répudier 3). Il est vrai que cette marche dans l'histoire de la com-

toutes dettes du mari et à tous les biens quelconques que le mari et elle ont eus (excepté au douaire) ; cette formule vague ne paraît pas viser les immeubles ; cf. Bout., 2, 21. *C. de Verm.*, 203 et suiv. Au contraire, dans un document de la fin du quatorzième siècle, les *Notables Points de l'usage de France*, éd. Bordier, *Rec. de textes rel. aux Cout. de Paris*, 1845, la renonciation s'applique dans un premier paragraphe aux meubles, et dans un deuxième aux conquêts. A ce moment donc, le changement est effectué ; la veuve noble, pour être quitte des dettes, doit renoncer à la fois aux meubles et aux acquêts. *AC. Bourg.*, 1 (Giraud, 2, 268). *AC. Berry*, 57 (renonciation aux meubles, conquêts et dettes). Glasson, 7, 371 : en 1396, à Paris, la renonciation de la femme noble est limitée à ses anciens effets. *Fragm. d'un répert. de jurispr. paris. au XV^e s.*, p. 89, cf. p. 21. Trois ans plus tard, elle prend une forme beaucoup plus générale devant le prévôt de Paris. Enfin la Cout. de 1510, art. 115, exige que la renonciation porte aussi sur les conquêts.

(1) Italie : les statuts sardes et istriens permettent la renonciation (Perlile, 3, 357) aux acquêts ; moyennant quoi la femme sauvegarde ses propres.

(2) La renonciation et le bénéfice d'émolument ont pu s'introduire au profit des roturiers par voie de clauses spéciales qui devinrent de style et finirent par être consacrées par les Coutumes. Dumoulin, s. Montargis, 8, 8. Loisel, 396 (extension aux héritiers).

(3) Beaum., 13, 9, déclare qu'il est au choix de la veuve de laisser tous les meubles et toutes les dettes aux hoirs de son mari et d'emporter son douaire quitte ou de prendre sa part des meubles et des dettes. Il ne distingue pas entre la femme noble et la roturière. D'autre part, il ne fait pas allusion à la part de conquêts qui revient à la veuve (cf. 14, 29). Il n'en est

munauté n'est pas admise par tous : mais on peut retenir de cette thèse une observation exacte, croyons-nous, dans tous les systèmes, c'est que la classe noble montra plus d'attachement pour la tradition que les roturiers ; lorsque le droit de communauté se substitua aux gains de survie de l'époque barbare, les nobles lui conservèrent un peu des caractères de ceux-ci, chose d'autant plus naturelle que sans cela la veuve risquait de perdre au change.

15. — **Opérations préalables au partage, remplois et récompenses.** — Si la femme accepte la communauté, il y a lieu de composer la masse partageable (1) en distinguant des biens communs les propres de chaque époux, soit qu'ils existent en nature, soit qu'il y ait eu remploi, c'est-à-dire qu'ils aient été remplacés par des biens équivalents, soit enfin, à défaut, de remploi, qu'il faille prélever sur l'actif commun des récompenses ou indemnités pour les propres aliénés (2). La théorie des récompenses repose sur une distinction stricte entre les patrimoines des deux conjoints et celui de la communauté; elle

pas question non plus dans des lettres de 1343, d'Achery, *Spicil.*, 3, 721. *Olim*, 2, 240 : c'est une coutume notoire de l'Ile-de-France que la veuve, en renonçant à sa part de meubles, n'a pas à payer les dettes dont elle était tenue, elle et son mari (c'est-à-dire les dettes de la communauté); elle n'a à les payer ni sur son douaire ni sur son *hereditagium* (ce dernier mot vise-t-il seulement les propres de la femme? comprend-il aussi sa part de conquêts? y avait-il des conquêts dans l'espèce?). Il s'agit de la veuve de Bouchard de Montmorency, partant, d'une femme noble; mais on n'argumente pas de cette qualité de femme noble pour justifier la décision; on invoque un usage reçu, sans rien dire qui puisse faire soupçonner qu'il est spécial aux nobles. Cf. Quest. 131 de J. Lecoq et autres textes cités. Guilhiermoz, *op. cit.* L'*AC. Berry*, 57, ne distingue pas non plus. — Au contraire, il n'est question que des femmes nobles dans le *Gr. C.* Paris, *AC*, 115, etc. *Et. de saint Louis*, I, 17. *AC. Artois*, 34. *AC. Picardie*, éd. Marnier, p. 116. *Coust. de Verm.*, § 238. La contradiction est difficile à résoudre. Beaumanoir est trop précis pour qu'on ait le droit de sous-entendre qu'il ne voulait parler que de la femme noble. Il connaît trop bien les coutumes voisines pour n'avoir pas signalé une divergence entre elles et celle du Beauvaisis, s'il y en avait eu. Enfin on ne peut supposer des variations du droit après lui, les roturières ayant perdu le droit de renoncer, puis l'ayant recouvré au seizième siècle. Cf. ci-dessus, p. 803, t. II (cit. de Laurière).

(1) Ferrière, s. 317, Paris. Pothier, nos 529, 537, 690. Peines du recel : perte du droit de renoncer (*Gr. C.*, 2, 29) ou du bénéfice d'émolument, de la part dans les objets divertis. *Coust. de Verm.*, 303. Britz, 844. Loisel, 133, 397. Picot, *Hist. des Etats gén.*, 4, 72. *Arr.* de Lam., 29, 89.

(2) Mêmes opérations en cas de renonciation, car la femme a toujours droit à ses propres.

peut se résumer dans le principe qu'aucun d'eux ne doit s'enrichir aux dépens des autres : cela suppose qu'ils ont leur comptabilité particulière, leur actif et leur passif bien séparés. Le très ancien droit n'a pas connu cette complication. Au treizième siècle, il n'est question ni de reprise ni de récompenses. C'est surtout en cas d'aliénation des propres que des récompenses sont dues par la communauté : or, il était de principe autrefois que le prix du propre aliéné tombait dans la communauté, à titre de meuble, sans indemnité. Aussi disait-on *que le mari se devait relever trois fois la nuit pour vendre le bien de sa femme* (1). Il y gagnait de pouvoir disposer du prix comme des autres meubles et, au partage, il en prenait la moitié. L'aliénation n'était pas possible sans doute à défaut du consentement de la femme, mais combien de fois celle-ci ne cédait-elle pas à la pression exercée sur elle par le mari ? Si les récompenses dues par la communauté aux époux n'étaient pas connues, à plus forte raison en était-il de même des récompenses dues par les époux à la communauté dans le cas où des valeurs étaient tirées de la caisse commune pour acquérir ou améliorer des propres ; en quoi le mari n'avait fait qu'user de ses pouvoirs ; il était libre, en effet, de dissiper les biens de la communauté, *a fortiori* de les employer à son profit ou au profit de sa femme. Ces règles de l'ancien droit avaient le défaut de porter atteinte au principe de la conservation des propres dans la famille et à la prohibition des donations entre époux. Elles n'ont pu s'établir qu'à une époque où la législation n'était pas bien fixée dans le sens de l'interdiction des libéralités entre époux (2), témoin l'usage du don mutuel et les bénéfices résultant de l'attribution des meubles de la femme au mari dans le régime exclusif de communauté, de la confusion des meubles des époux dans la communauté. Avec le temps, des principes nouveaux s'introduisirent. « *Par un système savant de reprises et de récompenses*, dit M. Gide, *on parvint à concilier ces deux choses inconciliables, la confusion des patrimoines des époux et la conser-*

(1) *Gr. Cout.*, 2, 32. *L. d. dr.*, 485. Lorr., 2, 16. Loisel, 116 (règle abandonnée). Cf. *TAC. Bret.*, 215, 211. — Principe : *res succedit in locum pretii et pretium in locum rei.* Stobbe, IV, 274. — *Jost.*, p. 242. Fremont, Thèse, 1899.

(2) Cf. d'ailleurs, ci-dessus, p. 745, t. II. *Add.* Beaum., 70. Montfort, 149. Maine, 334. Auv., 14, 39 et 46. *Arr.* de Lamoignon, t. 32.

vation intégrale de chacun. » On se préoccupa d'autant plus d'empêcher les avantages entre époux, auxquels le régime de communauté se prêtait indirectement, qu'ils n'étaint pas librement consentis, que les époux n'y avaient même pas songé quelquefois et qu'ils se trouvaient ainsi donateurs sans le savoir. Le danger était surtout grand pour la femme ; en effet, le mari puisait dans ses pouvoirs le droit d'employer les biens communs au profit de son patrimoine personnel ; bien plus, il risquait d'abuser de son influence sur la femme pour l'amener à aliéner ses propres. En droit, la théorie des récompenses peut servir au mari ; en fait, elle constitue une nouvelle garantie au profit de la femme, un moyen de la protéger contre le mari, une pièce essentielle dans ce système de compensations qu'est la communauté. Elle se fait jour dans quelques cas particuliers dès le quatorzième siècle, mais elle n'atteint son complet développement qu'à l'époque de la rédaction des Coutumes (1).

A° **Récompenses dues par la communauté**, par exemple meubles réalisés, prix des propres aliénés, rachat des rentes appartenant à un des époux (2). — I° *Mobilier realisé.* L'emploi des deniers dotaux, c'est-à-dire leur conversion en immeubles, en usage dans les pays de droit écrit, fournit ici un précédent dont on s'inspira en pays de Coutumes. En 1269, une charte de saint Louis, relative au mariage de sa nièce Blanche d'Artois (3), constate qu'une partie de la dot sera déposée au Temple, à Paris, pour être employée en achat de terres ou de rentes par les soins d'un parent ou d'un tiers désigné par la future ; le le reste devait être remis au mari pour en disposer à son bon plaisir, mais à la dissolution du mariage il était tenu de restituer la somme reçue. Au premier cas, la reprise se faisait en

(1) Cf., pour le droit allemand, Stobbe, IV, 230.

(2) Le droit à récompense est d'autant plus naturel ici, que la rente peut être rachetée malgré le conjoint qui en est le titulaire ; c'est contre sa volonté que son propre se transforme en bien commun. Extension à d'autres hypothèses par la suite.

(3) Cf. cet acte très important qu'il faudrait pouvoir citer en entier dans L. Delisle, *Mém. s. les opér. financières des Templiers*, 1889 (*Acad. Inscr.*, t. XXXIII, 2e p.), p. 105. Jamont, Thèse, p. 44 (cl. d'emploi en Bretagne avant la fin du treizième siècle). J. Lecoq, q. 83 : il s'agit de l'emploi de deniers dotaux et non d'une somme donnée par le mari à la femme. Boer., *Dec.*, 209. Buche, *NRH*, 1884, 646.

nature, comme si la femme avait apporté en dot l'immeuble acheté avec ses deniers (1) ; au deuxième cas, on peut dire qu'elle avait droit à récompense en vertu d'une clause du contrat de mariage (2). On stipulait fréquemment le droit pour la femme de se mettre en possession des biens du mari jusqu'à ce qu'elle eût été payée ; ainsi se trouvait assuré l'acquittement de la récompense (3). — II° *Remploi et récompense.* — *a) Conventions de remploi* (fréquentes dès le quatorzième siècle) (4). Dans les contrats de mariage ou lors de l'aliénation d'un propre, on pouvait convenir que le prix en serait employé à acquérir un autre immeuble destiné à être subrogé au premier, c'est-à-dire à prendre son lieu et place : cette opération se rapprochait trop de l'emploi des deniers dotaux pour ne pas être regardée comme licite ; à défaut de précédents en ce sens, on eût été conduit naturellement à l'idée de subrogation par le cas simple et pratique de l'échange ; le remploi n'est, au fond, qu'un échange décomposé en deux actes distincts, séparés par un intervalle de temps plus ou moins long. A défaut de clause de remploi, le conjoint n'avait pas droit à l'origine à la reprise du prix (5). — *Remploi indépendamment de toute convention* (6).

(1) Le mari doit affirmer, lorsqu'il retire l'argent, qu'il sera employé sans fraude au payement du prix d'une terre déjà achetée. Cf. *Gr. C.*, 2, 32. Lecoq, 83. Loisel, 394. Coquille, s. Niv., 23, 12 ; *Quest.*, 112.

(2) Si l'emploi n'avait pas été fait lors de la dissolution du mariage, la femme pouvait reprendre la somme dotale, d'après la Charte de saint Louis. Voy. la controv. sur cette question dans J. Lecoq, 83 : *capienda erit pecunia ante omnia super bonis mariti. Id.* Amiens, 1249, art. 70. *NC*, Paris, 93. Loisel, 394. — *Arr.* de Lamb., 29, 9.

(3) *Olim*, II, 96, 31 (a. 1277). P. de F., 15, 8. Il y avait alors assignat ou assignal sur les biens du mari (soit sur la totalité, soit sur quelques-uns seulement) ; ils étaient affectés à la restitution de la dot. C'est là un nantissement immobilier qui se présente sous les trois formes de la vente à rémérè, de l'engagement, de l'obligation. Ci-dessus, p. 560, t. II. En Nivernais, 23, 12, l'assignat est encore considéré comme une vente au seizième siècle, et il opère transport de propriété. Loisel, 117 : *l'on ne peut plus honnêtement vendre son héritage qu'en constituant grande dot à sa femme.* Cf. 120. Coquille, *Quest.*, 113. Cf. Bourg., 4, 17. Bouhier, t. I, p. 167. Ragueau, v° *Assignat.* Sur l'assiette en Bretagne, la consignation en Normandie, voy. Ollier, Thèse, p. 110 (bibl.).

(4) Melun, 255. Sens, 277. Auxerre, 197, etc. Ci-dessus, p. 760. 772, t. II.

(5) Dans sa Qu. 1, J. Lecoq se demande au *pretium rei hereditariae reputari debeat hereditagium.* L'équité le voudrait (*pretium loco rei succedit*) ; la coutume est contraire.

(6) La clause de remploi servit à donner droit à une récompense ; quand ce droit fut reconnu, même en l'absence de convention, elle permit à la

La validité du remploi n'était point subordonnée à une clause préalable ; dès le quatorzième siècle, au moins, il en est ainsi (1). Dans le dernier état de l'ancien droit, le remploi est possible aux conditions suivantes : 1° déclaration *lors de l'acquisition* qu'elle est faite avec les deniers provenant de l'aliénation d'un propre et pour tenir lieu de remploi (2) ; 2° en cas de remploi dans l'intérêt de la femme, acceptation par celle-ci et cette acceptation n'est plus possible une fois que la communauté est dissoute (3). — *b) Assignat sur les biens de la communauté et sur ceux du mari.* Au lieu de procéder au remploi en acquérant des biens appartenant à des tiers, le mari peut céder à la femme des conquêts de communauté ou même certains de ses biens propres pour le prix du propre aliéné (4) ; au lieu de lui faire une cession en propriété, il peut se contenter de lui conférer un assignat sur ces biens (5) ; si ces opérations sont permises pour l'emploi des deniers dotaux, on ne voit pas pourquoi elles seraient interdites pour le remploi. — *c)* Dumoulin soutient, au seizième siècle, que le mari est autorisé à reconnaître, après coup, le droit de la femme à une récompense, indépendamment de toute clause de remploi ou de tout assignat (6). —

femme de demander la séparation de biens, si, faute d'exécution, sa dot se trouvait en péril.

(1) *Gr. C.*, p. 321 : le mari déclare devant le juge qu'il achète un fonds pour tenir lieu de son propre aliéné ; moyennant cette déclaration, le nouvel héritage ne sera pas un conquêt. *Jost.*, p. 242.

(2) Lebrun, 3, 2, 1, 2, 69. Mais cf. Pothier, n° 198. *Arr.* de Lam., 29, 53.

(3) Duplessis, t. I, p. 447. Cf. C. civ., 1425. Le bien ayant été laissé aux risques de la communauté, il serait peu équitable que la femme pût lui enlever les bénéfices résultant de l'augmentation de valeur qui a pu se produire. Faite en temps opportun, l'acceptation de la femme avait effet rétroactif. D'Aguesseau, 27e plaid. Pothier, n° 200. Cf. Labbé, *Ratific. des actes d'un gérant d'affaires*, 1856. — Bacquet, *Dr. de just.*, 21, 300.

(4) Avec le prix de l'aliénation du propre, le mari acquiert un immeuble, puis il fait après coup une déclaration de remploi (au lieu de la faire au moment de l'acquisition). Il y a transformation d'un conquêt en propre sans que les tiers soient prévenus ; la rétroactivité qui ferait tomber les droits constitués au profit des tiers dans l'intervalle, n'est pas admissible. Cf. Lebrun, p. 372. Louet, *R*, 30. Le Prestre, 2, 83. — On cite, en faveur de la rétroactivité, Dumoulin, s. Bourb., 238, et Blois, 264 : *maritus poterit ex intervallo, bonam fidem agnoscendo, recompensare uxorem, etiam in testamento.* Ce texte constate simplement le droit de la femme à une récompense. Guy Coquille, s. Niv., Dr. des gens mariés, art. 12. Loyseau, *Déguerp.*, 1, 8. Cf. Lorr., 2, 16. Bassigny, 47. Loisel, 117, 120.

(5) Ci-contre.

(6) Sur 238, Bourb.; Blois. 164.

d) Enfin la Coutume de Paris de 1580, art. 232, consacra (1) le droit de la femme à récompense, remploi légal ou reprise, en l'absence de toute clause ou reconnaissance du mari (2). Sa décision fut étendue par la jurisprudence aux Coutumes muettes ou même hostiles. — Le principe de la reprise une fois admis, la jurisprudence eut à fixer la manière dont il s'exercerait. Divers systèmes furent proposés, celui de l'assignat tacite sur les conquêts de communauté, et, à défaut, sur les propres du mari (3), celui du mi-denier, qui faisait une créance ordinaire de la moitié de la reprise de la femme (4), enfin celui des prélèvements qui prévalut (5). La femme préleva avant tout par-

(1) Si c'est un immeuble de la femme qui est aliéné, elle stipule que le mari fera emploi du prix, *Olim*, I, 149, 4 (remploi sur ses propres héritages dans l'espèce, *sua propria in escambium sive in recompensationem assignat*) ou bien elle exige que le mari lui promette une indemnité à prélever sur la communauté, J. Lecoq, q. 1. Dès avant la réformation de la C. de Paris, des arrêts jugèrent que la récompense était de droit pour les rentes de la femme rachetées. On s'avisa aussi de stipuler dans les contrats de mariage le remploi de tous les propres de la femme indistinctement; on ne voulait pas rendre obligatoire un achat d'héritages, mais simplement réserver une récompense. C'est cette clause devenue de style que sous-entend la C. de Paris, 1580, 232.

(2) Art. 232. Louet, *R*, 30. Renusson, *Propres*, 4, 3, 5 (arr. de 1574, 1579). — Quelques Coutumes, cependant, excluent encore le remploi, s'il n'est pas stipulé. Blois, 164. Lorr., 2, 16. Bassigny, 46, etc. *Arr.* de Lam., 29, 90.

(3) Louet, *R*, 30. Pocquet de Liv., *Fiefs*, 3, 5, 3. Cf. Charondas, t. I, p. 367. La jurisprudence du dix-septième siècle rejeta ce système sous prétexte que la subrogation était de droit étroit. Rousseau de Lac., v° *Remploi*. En réalité, c'est que l'hypothèque avait remplacé l'assignat.

(4) Les biens de la communauté se divisent par moitié entre les époux. Chacun d'eux prenant la moitié de la communauté se paye par confusion de la moitié de sa créance. Pour l'autre moitié, il était créancier de son conjoint (la femme avec une hypothèque). La créance tombait, le cas échéant, dans une deuxième communauté, comme meuble. Avec ce système, les recours et poursuites entre époux étaient trop nombreux. *TAC. Bret.*, 217, 218, 230. Loisel, 381.

(5) Le système du mi-denier rappelle l'époque où il n'y avait point de récompenses. Le système des prélèvements au profit de la femme peut être envisagé comme un simple mode de payement institué pour plus de simplicité dans l'intérêt des époux eux-mêmes, afin d'éviter la vente de leurs biens. On songea aussi à l'expliquer en disant que la femme se comportait en propriétaire plutôt qu'en créancière; on parla d'un *droit plus fort sur la communauté;* mais le vague même de cette expression montre que la théorie qui l'emploi n'est guère fondée. Pothier, *Succ.*, 5, 1 (y voit une opinion nouvelle). Intérêt : le droit serait mobilier ou immobilier suivant que la reprise porte sur des meubles ou des immeubles; il passerait, suivant les cas, à l'héritier des meubles ou des immeubles; enfin la femme serait préférable même sur le mobilier commun aux créanciers de la

tage, sur la masse commune des biens représentant les valeurs auxquelles elle avait droit ; si les biens communs ne suffisaient pas, elle s'attaquait au patrimoine du mari. De son côté, le mari n'exerçait ses reprises que sur ce qui restait de la communauté, une fois la femme payée : jamais il ne lui était permis de s'attaquer aux propres de la femme (même en vertu d'une clause spéciale). — A cet égard, la femme se trouvait donc plus favorisée que le mari : nouvelle mesure de protection en sa faveur (1). Si elle passait avant le mari, ne devait-elle pas aussi être préférée aux créanciers de la communauté dans l'exercice de ses reprises ? Le remploi lui assurait cette préférence, car le bien acquis en remploi était subrogé à son propre aliéné ; elle était censée l'avoir toujours possédé et cette fiction écartait les créanciers de la communauté. A défaut de remploi, il ne lui était pas possible de se dire propriétaire ; elle ne pouvait se présenter qu'en qualité de créancière de la valeur de ses propres et, comme telle, elle venait au marc le franc avec les créanciers de la communauté ; sur les meubles communs on ne lui reconnaissait pas de privilège (2) ; mais rien ne s'opposait à ce qu'elle profitât de son hypothèque sur les conquêts de la communauté et les propres du mari, de façon à primer ceux des créanciers auxquels elle était opposable.

B° **Récompenses dues par les époux à la communauté** (3). — Il arrivait souvent que le patrimoine des époux s'enrichissait aux dépens de la communauté ; c'était avec l'argent de la communauté qu'on acquérait ou qu'on améliorait les propres, puisque les époux ne pouvaient avoir de sommes ou d'objets leur appartenant individuellement. Mais cet enrichissement ne

communauté. Esmein, *R. crit.*, 1877 (et auteurs cités), p. 83. Pothier, *Fiefs*, 459 : les prélèvements ne donnaient pas lieu à la perception du droit de quint.

(1) La C. de Paris était muette à cet égard. Mais la pratique avait introduit ces privilèges à titre de compensation, au profit de la femme, pour la dépendance dans laquelle elle était placée par rapport au mari. Elle le traitait comme un tuteur par rapport à son mineur (cf. hypothèque). Renusson, *Propres*, 4, 4, 4. Lebrun, 3, 2, 1, 2, 66. Il n'y avait pas tant liquidation de société que reddition de compte d'un gérant à un incapable.

(2) Pothier, 583, 701 (prélever la somme à laquelle sont évaluées les reprises). Denisart, v° *Dot*, 25, 6 (éd. 1788) (la femme n'a pas de privilège sur les meubles). Actes du Châtelet, 1711 et 1745. Pont, *R. crit.*, 1854, p. 556 et suiv. (auteurs cités). Cf. Blois, 164.

(3) Desmares, 152. Loisel, 391. Paris, 244 et suiv. Pothier, n° 613.

semblait pas de nature à fonder le droit à une récompense : du moment où le mari pouvait dissiper les biens communs, il importait peu qu'il s'en servît dans son intérêt ou dans celui de la femme. — A défaut de récompense, on arriva à des résultats analogues dans certaines hypothèses spéciales. Ainsi, lorsque l'un des époux exerçait le retrait lignager et employait pour cela les fonds communs, l'immeuble acquis tombait dans la communauté en qualité de conquêt; le conjoint lignager ne l'obtenait, à la dissolution du mariage, qu'en exerçant un autre retrait dit de *mi-denier* (1); il payait à l'autre conjoint la moitié du prix déboursé : le résultat était le même que s'il y avait eu récompense à la communauté. On finit par considérer l'immeuble comme un propre et non plus comme un conquêt; l'idée de récompense n'eut dès lors aucune peine à se faire accepter. On peut en dire autant du cas où un des époux rachetait une rente grevant un de ses propres : la communauté qui payait le rachat était censée acquérir la rente; celle-ci subsistait à titre de conquêt : le jour où la communauté était dissoute, la rente se partageait entre les deux époux et le débiteur se trouvait dans l'alternative de servir la moitié des arrérages à l'autre époux ou de racheter la moitié de la rente. Il eût été plus simple de dire qu'il y avait eu libération du propre et extinction de la rente; c'était là ce que voulaient les parties ; et pour obtenir ce résultat, il n'y avait qu'à payer une récompense à la communauté. On n'osa pas encore aller jusque-là dans la Coutume de Paris en 1580; on admit bien que le fonds était libéré, mais on décida qu'une rente nouvelle était créée, de moitié moindre que l'ancienne (2). C'est ainsi que l'on arriva péniblement à instituer des récompenses contre les époux en cas d'acquisition de propres avec les deniers de la communauté. Pour les cas d'amélioration des propres (3), l'idée de récompense reposa sur le fait que le mari agissait en fraude des droits de sa femme ou sur le désir de prohiber les avantages indirects entre époux. La doctrine, par voie de généralisation, posa les deux règles suivantes : récompense est due toutes les fois que les

(1) Ci-dessus, p. 391, t. II. Beaum., 14, 20; 44, 48. *Arr.* de Lam., 29, 42.

(2) *Gr. C.*, p. 324. *AC. Paris*, 119; *NC*, 244. Loisel, 392. *Arr.* de Lam., 29, 41.

(3) *TAC. Bret.*, 215 : récompense pour amélioration des terres roturières, 216. — *Secùs*, *Et. de saint Louis*, 1, 16.

époux se sont enrichis aux dépens de la communauté (1); le montant de la récompense est égal au profit réalisé par le conjoint (plus-value) ou à la somme déboursée par la communauté, pour mieux dire, à la plus faible de ces deux quantités (2).

16. — **Partage.** — A° **Actif.** — En général, le partage se fait par moitié (3) entre le mari et la femme ou leurs héritiers. Mais cette règle, si naturelle qu'elle nous paraisse, a eu quelque peine à s'établir, et jusqu'à la fin de l'ancien droit on y déroge fréquemment par des conventions particulières. Ainsi le partage n'a lieu quelquefois qu'autant qu'il y a eu des enfants du mariage ; dans le cas contraire, le survivant conserve toute la communauté (4). Ou encore on lui attribue la totalité des meubles et une quote-part des immeubles. Un mode de partage très répandu est celui qui consiste à ne donner à la femme ou à ses héritiers qu'un tiers des biens communs (5). Ces vieilles pratiques, disparues en général des Coutumes françaises, persistèrent sous forme de convention. On convint, par exemple, que la femme ne serait commune que pour un tiers, ou que ses héritiers n'auraient pour tout droit de communauté qu'une certaine somme (*forfait de communauté*) (6). De pareilles clauses, traditionnelles en certains lieux, étaient considérées, par suite, comme des conventions de mariage et non comme des libéralités prohibées ; on les justifiait en disant que l'inégalité des

(1) Par là se trouvent aussi limités les pouvoirs du mari. Cf. dot d'un enfant commun ou d'un enfant du premier lit en effets de la communauté. Lebrun, 2, 2, 1, 15. Pothier, 656. *Arr.* de Lam., 29, 28 (conservation des propres).

(2) Pothier, 636. On ne saurait traiter la communauté comme un banquier qui réclame rigoureusement une somme prêtée.

(3) Cf. ci-dessus, p. 727, t. II. Stobbe, IV, 231, cf. 229.

(4) *Add.* Droit de succession du survivant, *ib.*, 285, etc. Clause par laquelle le survivant a la jouissance de la communauté. Argou, 3, 9. C. de Diesse, 25. 5.

(5) Ci-dessus, p. 729, t. II. *Olim*, II, 74, 10 (a. 1276). *TAC. Bret.*, 217, 42 : partage par tiers entre roturiers, les enfants prenant la part du mort, outre leurs tiers. Loisel, 385. Statuts siciliens, Messine, 1, 9, 49. Palerme, 45. Catane, 3, 16, etc. Pertile, 3, 358. Dr. scandinave : D'Olivecrona, p. 108 et suiv. Bonvalot, *Cout. de Lorr.*, p. 47, 95; *Cout. de Ferrette* (Haute-Alsace), t. 16 (cf. Guyot, *h. v°*). Viollet, p. 775. Déglin, Thèse, 1883, p. 108. Stobbe, 4, 231. A. Lübeck, le mari peut réduire par son testament la part de la femme.

(6) *Olim*, III, 860, 39. Cf. Bannelier, sur Davot, 7, 160. *Arr.* de Lam., 29, 4, 7.

parts tenait à ce que l'industrie ou l'apport de l'un des époux avait plus d'importance. On n'en écarta que quelques-unes qui eussent été trop contraires à l'esprit du droit nouveau, par exemple l'attribution au conjoint survivant de toute la communauté (1) : c'était, en effet, la négation même de l'idée de société, une survivance du régime exclusif de communauté. Une des clauses les plus fréquentes était la stipulation d'un *préciput conventionnel* (2) : elle dérivait visiblement de l'usage ancien d'attribuer hors part certains biens au survivant, les armes et les chevaux au mari, les robes et bijoux à la femme. Autre débris archaïque : le *préciput légal du conjoint noble* (3). D'après la Coutume de Paris, 238, à défaut d'enfants, le survivant des conjoints nobles avait la faculté de prélever tous les meubles communs (4) à charge de payer les dettes de la communauté et de faire face aux frais des funérailles du prédécédé (5). Le Grand Coutumier de France, 2, 41, semble y voir le pendant du bail ou garde noble : le survivant avait tout le mobilier, à titre de gardien, s'il y avait des enfants, en vertu du préciput, s'il n'y en avait pas (6).

17. — B° **Passif.** — Les dettes de la communauté se partagent comme l'actif, donc en général par moitié. — *a*) *Poursuite des créanciers.* 1° Le *mari* peut être poursuivi pour le tout à raison

(1) Britz, 858 (mainplèvie à Liège). Stobbe, 4, 231, 242. Ci-contre, p. 761, t. II.

(2) *TAC. Bret.*, 207. *AC. Picardie*, p. 110. Glasson, 7, 379 (Strasbourg), etc. Stobbe, 4, 101.

(3) Bonvalot, *Cout. du d. de Lorraine*, p. 37 : les meubles sont dévolus en totalité au survivant noble ou roturier. Stobbe, 4, 231, 242.

(4) Excepté ceux qui étaient situés à Paris (commencement de réaction contre le préciput). Cf. Pothier, n° 428. Sur les créances, discussions, cf. *AC*, 131 ; *NC*, 231.

(5) Le survivant, après avoir accepté le préciput légal, peut-il abandonner son émolument pour éviter de payer les dettes ? Certains le niaient, en le comparant au gardien noble qui, après avoir accepté la garde, est tenu de payer les dettes du mineur même *ultra vires*, et ne peut s'en décharger en abandonnant l'émolument de la garde. Pothier, n° 439, n'est pas de cet avis ; pour lui, le préciputaire n'est qu'un donataire, et il est de principe que le donataire n'est tenu que jusqu'à concurrence de son émolument.

(6) On pourrait songer à l'expliquer par l'usage des préciputs conventionnels ; mais, en ce cas, pourquoi aurait-il été spécial au conjoint noble ? En le rattachant, ainsi que nous le faisons, aux tendances anciennes, on le comprend mieux ; cette anomalie, sous le régime de la communauté, n'existe que dans la classe noble, c'est-à-dire là où la communauté a eu le plus de peine à se faire accepter.

des dettes tombées de son chef dans la communauté (1) : quant à celles qui procédaient du chef de la femme, dettes antérieures au mariage ou dettes de successions échues à la femme durant le mariage, on discutait ; les uns, plus fidèles aux vieux principes du régime matrimonial, les traitaient comme dettes du mari ; les autres, au contraire, s'inspirant de conceptions plus récentes, disaient que le mari n'en était tenu qu'en qualité de commun en biens et ne pouvait être poursuivi que pour moitié. On a déjà vu une difficulté de ce genre à propos des dettes contractées par la femme avec l'autorisation du mari. — 2° La *femme* jouit ici d'un nouveau privilège : elle a le **bénéfice d'émolument** (2). D'abord, elle ne peut être poursuivie que pour moitié, à raison des dettes tombées en communauté du chef de son mari ; ensuite, elle n'est même pas dans la nécessité de payer cette moitié lorsqu'on lui demande au delà de ce qu'elle a retiré de la communauté ; elle est quitte envers les créanciers en leur abandonnant son émolument. Il n'en est pas ainsi pour les dettes procédant de son chef ; comme elle est personnellement engagée, elle peut être poursuivie pour le tout, même si elle renonce (3). Le bénéfice d'émolument ne paraît pas avoir été connu avant le seizième siècle (4). Il était particulièrement utile dans les Coutumes qui refusaient à la femme le droit de renoncer (5). Mais il s'introduisit même ailleurs et se généralisa, soit à l'imitation du bénéfice d'inventaire en matière de succes-

(1) Cf. cep. Bacquet, *Dr. de justice*, c. 21.

(2) Paris, *NC*, 228. Orl. 187. — *Secùs*, *Ass. de Jér.*, *C. des B.*, 191. Bourg., cf. Bannelier, s. Davot, 7, 332.

(3) Loisel, 398.

(4) Il s'est introduit peut-être sous forme de conventions et clauses pratiques. A partir de 1543, Papon, *Arr.*, 15, 1, n° 25, des arrêts l'appliquent en l'absence de toute clause, malgré le silence de la Coutume. Coquille, s. Niv., 23, 7 (arr. de 1567). Ces arrêts visent des roturières. La *NC.*, Paris. 228, en fit une faculté légale pour toutes les femmes sans distinction, nobles ou roturières. Elles se trouvaient par là dans la situation d'un commanditaire ou associé à responsabilité limitée. Il ne fut pas plus permis de se priver du bénéfice d'émolument par contrat de mariage que de la faculté de renoncer.

(5) Orléans, *AC*, 1509, art. 167, 188. Brillon, *Dict. des Arr.*, 2, 263. Dumoulin, s. Poitou, 259, n° 28 ; *in locis in quibus non permittitur viduae renuntiare societati, tamen respectu debitorum in quibus se non obligavit, non tenetur nisi usque ad concurrentiam commodi quod capit ex societate ; idque in vim consuetudinis qua maritus non potest onerare propria uxoris.*

sion, soit afin de mieux assurer la conservation des propres dans les cas d'acceptation imprudente. A l'origine, la femme qui voulait en user dut se munir de lettres royaux, mais on ne tarda pas à se contenter de la confection d'un inventaire (1). — *b) Contribution aux dettes.* — Une fois les créanciers payés, il y a lieu à un règlement définitif entre époux, de façon à ce que chacun supporte la moitié des dettes communes, quelle qu'en soit la provenance. Mais, encore ici, la femme a le droit d'opposer au mari le bénéfice d'émolument; celui-ci ou plutôt ses héritiers ne pourront la contraindre à supporter le passif commun au delà de ce qu'elle retire de la communauté; elle a recours contre eux pour tout ce qu'elle a payé de plus.

18. — **Hypothèque de la femme mariée** (2). — Outre les privilèges et garanties dont il a été question, la jurisprudence accorda à la femme une hypothèque générale sur les biens de son mari. Cette hypothèque est d'origine romaine. Admise très anciennement dans les pays de droit écrit, elle ne semble avoir été reconnue en pays de Coutumes qu'au seizième siècle (3). A ce moment, elle s'introduisit sans peine à la faveur du principe que tout acte notarié emportait hypothèque générale; le contrat de mariage étant la plupart du temps constaté par acte notarié (4), on en fit découler au profit de la femme une hypothèque ayant rang à dater de l'acte. On admit également que l'hypothèque existerait à défaut de contrat; mais elle n'avait plus alors la même date, elle ne remontait qu'à la célébration du mariage. Elle garantissait toutes les créances de la femme, douaire, deniers dotaux, préciput, récompenses. Quoiqu'elle n'eût en principe qu'une seule et même date pour ces diverses créances (par analogie de la tutelle, *initium gerendae administrationis*), on trouve cependant déjà dans les Coutumes et dans les arrêts des essais de classement entre elles: ainsi, à propos de la créance du prix d'un propre aliéné ou de l'indemnité à raison

(1) Boucheul, s. Poitou, 239, n° 29. Coquille, s. Niv., 34, 28. Pothier, 8. 127.

(2) Ci-dessus, p. 574 et p. 775, t. II.

(3) Loisel, 497. *TAC. Bret.*, 207 (il n'est pas question de l'hypothèque de la femme à raison de ses reprises). Ci-dessus, p. 726, n. 1, t. II : textes visant l'hypothèque ou assignat taisible à raison du douaire, au quatorzième siècle. *Gr. C.*, 2, 32 (et non 17), p. 321. *AC. Anjou*, ed. B.-B., I, 197. Cf. ci-contre, Assignat, Niv., 23, 8. Bourb., 248. D'Argentré, s. Bret., 410, 3, 4.

(4) Ci-dessus, p. 794, t. II.

d'un engagement contracté avec le mari ; on essaye de donner à l'hypothèque la date de ces créances, c'est-à-dire celle de l'aliénation (1) ou de l'engagement (2). En donnant son consentement à l'aliénation des biens du mari, la femme pouvait renoncer au droit d'invoquer son hypothèque sur les biens aliénés (3) : ce qui fait que la protection organisée en sa faveur, très sérieuse en apparence, très gênante pour le mari dont elle pouvait ruiner le crédit, risquait de n'être guère efficace. Mais la femme commune, à la différence de la femme dotale, était libre d'aliéner ses propres, libre d'abandonner son hypothèque. On songea même à lui permettre d'en céder le bénéfice aux créanciers du mari, d'y subroger des tiers ; qu'importait à ceux à qui on l'opposait que ce fût la femme qui l'exerçat ou un autre à son lieu et place? En tout cas, les créanciers de la femme qui avaient une hypothèque générale sur ses biens (4), et par conséquent une hypothèque sur cette hypothèque, recevaient, dans l'ordre ouvert pour la distribution du prix des biens du mari, le dividende auquel la femme avait droit, et ils le faisaient répartir entre eux par la voie compliquée des sous-ordres (5).

(1) Bret., 439. Norm., 539, 542. Pothier, *Douaire*, n° 343.

(2) Parl. de Paris, 1702, 1740, 1742 (Lyonnais, etc.). Bannelier, s. Davot, 7, 25.

(3) Pothier, 9, 477. — Il y avait là une sorte d'intercession contraire au sénatusconsulte Velléien. D'Argentré, s. Bret., 409, gl. 3, n° 2 et suiv., critique à l'usage des renonciations. Mais elle permettait à la femme de s'immiscer dans les affaires communes. De nos jours, la pratique, développant les tendances de l'ancien droit, « en a fait une véritable *monnaie de crédit* à la disposition de la femme et le principal élément de son influence dans le ménage. »

(4) Ceux qui traitaient avec le mari voulaient que la femme s'obligeât aussi, en donnant hypothèque sur ses biens ; ils profitaient par là de l'hypothèque de la femme sur le mari.

(5) Cette procédure des sous-ordres, en usage au moins au dix-septième siècle au Parlement de Paris, fut confirmée par une Ord. du 30 décembre 1681. Pothier, n° 766; *Prov. civ.*, n°s 585, 656. Héricourt, *Vente des imm.*, 11, 14. Cod. proc. civ., 775 (suppression).

CHAPITRE VI.

ÉTAT DE CAPACITÉ DES PERSONNES.

§ 1. — *Actes de l'état civil* (1).

1. — Il n'a pas toujours existé de modes de preuve spéciaux pour la **naissance**, le **mariage** et le **décès**, c'est-à-dire pour les principaux fait relatifs à l'Etat civil des personnes (2). On recourut longtemps, pour les établir, aux moyens ordinaires (3), témoignage (4), écriture, aveu même, ou serment (5) : présomp-

(1) Bibliographie. — Cf. traités sur les preuves, Romanistes, par exemple *Tract. univ. jur.*, t. IV; Canonistes, par exemple Tancrède, 3, 5; G. Durand, *Spec.*, 1, 4; 2, 2; Jurisconsultes plus récents, par exemple Boiceau et Danty, p. 765, éd. 1789. Camus et Dupin, n°s 1726 et suiv. Durand de Maillane, *Dict. de dr. can.*, v° *Reg.* Ferrière, Guyot, etc. *ibid.* D'Aguesseau, *Œuvres*, t. II, p. 30, éd. 1772. — Britz, p. 531. Viollet, p. 459. Thibeaud, Thèse, 1891 (bibl.). — Loir, *Etat civ. des nouv. nés*, 1865. *BCh.*, 6e s., V, 543, et t. 51, p. 376. Taillandier, *Ann. Soc. Hist. France*, 1847, 200. Merlet, *Actes de l'ét. civ. au XVe s.* (Châteaudun), 1857. *Musée des Arch. dép.*, 1878, p. 317. Meignan, *R. d. qu. hist.*, 1er janv. 1879. De Fréminville, *Reg. paroiss.* (Montbrison), 1899. Banoux, *Sources de l'ancien ét. civ. parisien*, 1900. *NRH*, 1878, 494 (Inde). — Gierke, *Deutsch. Privatr.*, § 41. Stobbe, § 37 et suiv. Lehr, *Dr. angl.*, p. 10. Pertile, § 105 (III, 261). Post, I, 28. — *Add.* Glasson, 8, 400.

(2) Il en est d'autres, mais d'importance moindre, par exemple l'émancipation, etc.

(3) Cf. Epoque franque. Les Preuves, t. I.

(4) Preuve ordinaire par témoins ou commune renommée (*fama*). Admission du témoignage des femmes pour la naissance. Beaum., 16, 6; 39, 30; 49, 54. Masuer, 16, 45. Toulouse, 31 (proches). Aînesse, quand il y a des jumeaux. Ci-dessus, p. 726, t. II (enfant qui crie et brait). Brunner, *ZSS, GA*, 1895, 64. Naissance des rois : l'accouchement est entouré d'une certaine publicité. — Sur des questions connexes : règle *Infans conceptus pro nato habetur* : viabilité (*L. Alam.*, 95, et *Wiss.*, 4, 2, 17, 18); monstres et usage de les mettre à mort (qui s'est maintenu dans le peuple), cf. Stobbe, § 37; Post, I, 15; hermaphrodites (*Zwitter*), *ib.*, § 39.

(5) Pertile, 3, 262.

tions (1); l'âge, requis par exemple pour prêter hommage ou exercer certaines fonctions, se devinait, plutôt qu'il ne se prouvait, à l'*aspectus corporis* (2); le mariage et la filiation résultaient d'ordinaire de la possession d'état (*nomen, tractatus, fama*) (3). La tenue des registres de l'état civil fit passer ces preuves imparfaites au second plan; on ne les admit plus qu'à défaut de registres, c'est-à-dire quand les registres avaient péri ou n'avaient pas été tenus. Par contre, on attacha pleine foi à ces registres qui avaient l'avantage de fournir une preuve préconstituée, organisée dans les meilleures conditions d'impartialité et de sincérité (4).

2. — **Actes de l'état religieux.** — Les origines de notre législation sur les actes de l'état civil ne se trouvent point dans l'antiquité (5), mais dans les usages de l'Eglise (6). Dès le cinquième siècle, le clergé dresse des listes de baptêmes. Cette pratique se perd pour reparaître au quinzième siècle dans les prescriptions de quelques évêques, avec le but très précis de fournir des renseignements sur la parenté spirituelle résultant

(1) En particulier pour le décès. Pertile, 3, 202. — Sur l'absence, ci-contre, p. 808, t. II. Bourjon, t. I, p. 103. Britz, 540. Stobbe, I, 268 (hist.). Bruns, *Verschollenheit, Kl. Schr.*, 1882, Tamassia, *Arch. giur.*, 1866. Pertile, § 104. Glasson, 8, 321. Lehr, *Dr. angl.*, p. 30. Il en est question dans les écrits des Romanistes. *Dissens. Domin.*, Index, v° *Rest. in int.* Cf. Procédure (*Capit.*, 7, 226 : défense de juger les absents; 229). — Domicile, Homeyer, *Heimath*, 1852 (*Berl. Ak.*). Argou, 1, 12. Pothier, t. 1, p. 3, éd. B. Glasson, 8, 405. — La doctrine italienne établit la présomption généralement acceptée autrefois : qu'on était censé mort quand il s'était écoulé cent ans depuis l'époque de la naissance. Brétonnier, *Quest.*, v° *Absents*. Gierke, *D. Privatr.*, I, 365.

(2) Moyens primitifs pour établir la puberté (*attrectatione barbae, alarum, pubis*). *M. de Souabe*, 27, *M. de Saxe*, 1, 42, 1. *F. de Navarre*, 3, 4, 3. Pertile, 3, 262.

(3) Pertile, 3, 262. Ou même par le bruit public à lui seul.

(4) Le droit canon n'exclut pas les autres preuves; c'est la législation et la jurisprudence monarchiques qui l'ont fait. Cf. Fournier, *Officialités*, 1880.

(5) Inscription sur le registre de la phratrie à Athènes, Beauchet, *Hist. du dr. privé de la Rép. athén.*, I, 350. A Rome, enregistrement des nouveaunés sous Marc Aurèle. Mommsen et Marquardt, *Man. des Ant. rom.*, tr. fr., *Vie privée des Rom.*, I, 57, 99, 398. Derome, *R. de l.*, 1849, 261. Jèze, *R. gén. de dr.*, 1894.

(6) En dehors des textes du droit canon sur les sacrements et de leurs commentateurs anciens ou récents (cf. Hinschius, § 200. Friedberg, § 133-156. Richter, § 592, etc,), voy. Morel, *De eff. baptismi*, 1598 (fr. du VIII° s.). Thiers, *Superst. q. reg. les sacrem.*, 1704. Corblet, *Hist. du baptême*, 1882. Duchesne, *Orig. du culte*, 1889. Viollet, p. 457 (bibl.). Gautier, *Chevalerie*, p. 106.

du baptême et, par suite, sur les empêchements au mariage qui s'y rattachaient (1). Rien de plus irrégulier que la tenue de ces actes : néanmoins on s'en servait, au besoin, pour prouver l'état civil, en les complétant à l'aide des témoignages oraux, des registres et papiers domestiques, en particulier des *Livres de raison* (2). Quant aux mariages (3) et aux sépultures (4), le clergé prit aussi l'habitude de tenir, pour les constater, des registres spéciaux ; il voulait assurer par là la perception des oblations ou rétributions qu'il recevait à leur occasion, qu'il exigeait même, contrairement à l'ancienne discipline ecclésiastique (5). C'étaient de vrais livres de comptes ; les plus anciens sont du milieu du quatorzième siècle. Comme les registres de baptêmes, ils étaient souvent informes ; la tenue des uns et des autres n'était ni bien réglementée ni absolument générale. Le concile de Trente, 1563, régularisa, il est vrai, la pratique antérieure en ordonnant aux curés, dans toute la chrétienté, de tenir des registres de baptêmes et de mariages (sess. 24, *De ref. matr.*, 1 et 2) ; mais il ne disait rien des décès et ses prescriptions ne furent pas toujours bien respectées.

3. — **Actes de l'état civil.** — Le pouvoir royal régularisa la tenue de ses actes et la rendit strictement obligatoire. Afin d'empêcher les abus résultant de l'exercice du droit de prévention du pape en matière de collation de bénéfices (6), l'Ordonnance de Villers-Cotterets, août 1539, art. 50, prescrivit au

(1) Henri le Barbu, évêque de Nantes, 1406.

(2) C'est-à-dire livres de comptes (tenus par les chefs de famille, fréquents depuis le seizième siècle, surtout dans le Midi). Tamizey de Larroque, *Bibliog. des Livres de r.*, 1892. D. D'Aussy, *Rqh.*, 18e an., p. 239. De Santi et Vidal, *Deux liv. de r.*, 1896.

(3) Sur la preuve du mariage, cf. Esmein, *Mar.*, I, 191. *AC. Artois*, éd. Tardif, 49, 5. — Italie : usage de conserver dans les Archives des églises les contrats de mariage qui y avaient été célébrés, Nov. 74, c. 5. Pertile, 3, 264.

(4) Sur les sépultures, **X**, 3, 28 et les commentaires. G. Durand, *Spec.*, 4, 3, *de sepult.* Lancelot, 2, 24. Héricourt, *G.*, XII. Cf. Friedberg, § 95 (bibl.). *Siete Parl.*, 1, 13.

(5) On en a de 1335-50, 1378. *Mém. Acad. Dijon*, 1865, XIII, 31. Viollet, 461. En Italie, usages plus anciens. Pertile, 3, 263.

(6) Cf. L'Eglise, bénéfices, t. I. Thibeaud, p. 69. La papauté accordait la préférence à ceux qui, les premiers, avaient date à Rome après la mort du titulaire, pourvu que le courrier expédié pour porter la demande ne fût pas parti avant le décès. Fleury, *Inst. au dr. ecclés.*, II, 21. Si la date de la mort n'était pas légalement établie, les fraudes étaient faciles. *Code Henry III*, 1, 17.

clergé du royaume de tenir registre des décès et sépultures des bénéficiers. En même temps, dans son art. 51, elle instituait partout des registres de baptêmes dans le but de prouver « le temps de majorité ou minorité ». La pratique comprit dans les registres de sépulture même les sépultures de ceux qui n'avaient point de bénéfices. L'Ordonnance de Blois, mai 1579, qui reproduisit ces préceptes, emprunta, en outre, au concile de Trente, la tenue d'un registre pour les mariages dont la solennisation en face d'église était dorénavant prescrite à peine de nullité. La matière fut réglementée d'une manière définitive par l'Ordonnance de 1667, t. 20, et la Déclaration du 9 avril 1736 (1). Le dépôt des registres au greffe des justices royales en assura la conservation et il fut défendu aux juges de recevoir d'autres preuves de l'état civil (sauf quand il n'avait pas été tenu de registres ou qu'ils s'étaient perdus) (2).

4. — **Sécularisation des actes de l'état civil.** — La monarchie ne tint pas toujours la main avec toute la vigueur désirable à l'observation de ses lois en matière d'état civil. Peut-être auraient-elles été mieux respectées si la tenue des actes de l'état civil avait été confiée à des fonctionnaires publics plus dépendants de l'Etat que le clergé. Ce progrès ne fut réalisé que dans les dernières années de l'Ancien Régime et seulement pour les Réformés. Les ministres protestants avaient d'abord tenu les registres de l'état civil à l'exemple des prêtres catholiques. Mais l'Edit d'octobre 1685, portant révocation de l'Edit de Nantes, abolit cette pratique. Les protestants furent dans la nécessité de faire baptiser leurs enfants par des prêtres catholiques, s'ils voulaient avoir la preuve légale de leur filiation; il leur fallut se marier devant ces mêmes prêtres, pour que leur mariage fût valable et prouvé. L'Edit du 28 novembre 1757 fit cesser ce

(1) Les registres sont tenus en double exemplaire, mais d'ordinaire il n'y en a qu'un. Isambert, Table, v° *Actes de l'ét. civ.* Détails dans Thibeaud, p. 74, 81, 166, 169 (professions religieuses), 101 (faits constatés *de visu* par le curé et faits qui lui sont rapportés par les déclarants). Sagnac, p. 261.

(2) Italie : registres municipaux d'émancipation dès le quatorzième siècle (on avait commencé par noter ces actes, à cause de leur caractère, sur les registres contenant les décrets des communes). Registre des bannis vers la même date. De ces usages sortit peut-être, au quatorzième et au quinzième siècle, l'institution des registres de l'état civil dans les villes italiennes, à Sienne d'abord, à Bologne en 1454, etc. Néanmoins, le système des registres tenus par le clergé prévalut jusqu'à la Révolution française. Pertile, § 105.

traitement inhumain, en leur permettant de s'adresser, à leur choix, aux curés ou aux officiers de justice de lieu; d'ailleurs, les curés dépouillaient en pareil cas leur caractère religieux pour agir comme fonctionnaires publics. Ce n'était là qu'une demi-mesure, puisque la législation était sécularisée à l'égard des non catholiques, mais restait religieuse à l'égard des catholiques (1).

La Constituante, adoptant un système plus radical, seul en harmonie avec le principe de la liberté de conscience, laïcisa les registres de l'état civil pour tous les Français sans exception; leur tenue fut confiée aux municipalités par l'Assemblée législative, aux maires et adjoints par la loi du 28 pluviôse de l'an VIII (2).

§ 2. — *Incapables.*

1. — **Etat et capacité des personnes.** — La jouissance des droits variait beaucoup anciennement suivant la nationalité (étrangers, forains) (3), la religion (4), (clercs (5), religieux, croisés (6), hérétiques (7), Juifs) (8), la condition so-

(1) Isambert, Table v° *Actes de l'état civil, Culte protestant.* Guyot, v° *Religionnaires.* Ci-dessus, p. 30, t. II. Thibeaud, p. 224 (Alsaciens), p. 174 (Juifs). Décl. du 11 déc. 1685 : registre des décès des religionnaires tenu par le juge royal.

(2) Const. 1791, 2, 7. D. 20-25 sept. 1792. Thibeaud, p. 239. Sagnac, p. 271. Ci-dessus, Mariage civil, p. 31, t. II. En Allemagne, en Suisse, la sécularisation ne date que de 1875.

(3) Sur les Bohémiens ou gitanos qui apparaissent en France au quinzième siècle, cf. de Rochas, *Parias de Fr.*, 1876. *Gr. Encycl., h. v°.*

(4) Gierke, *Deutsch. Privatr.*, § 54. Ruffini, *Libertà religiosa*, 1901. Bonet-Maury, *Hist. de la lib. de consc.*, 1901.

(5) Cf. L'Eglise, clercs, t. I. Poncet, Th., 1901. *Tracl. univ. jur.*, t. 8 (priv. des étudiants, etc.).

(6) Bridrey, *Cond. jurid. des croisés*, thèse, 1900.

(7) Cf. L'Eglise et les hérétiques, t. I. *Wis.*, 12. **X**, 5, 7 et les comment G. Durand, 4, 4. Lancelot. *Inst.*, 4, 4. Corvin, 4, 7. Héricourt. E, 24. Delamare, *Police*, 2, 4. *Siete Part.*, 7, 26. *Tract. univ. jur.*, t. XI. Pollock et M., 2, 542. — Sur l'Inquisition, *add.*, Lea, *Hist. de l'Inquis.*, tr. fr., 1900, et les art. d'Alex. Bertrand, Ch.-V. Langlois. Douais, *Doc. pour servir à l'hist. de l'Inquis.*; *La procéd. inquisit.*, 1900. *Ann. du Midi*, 1902, t. 14, *Mgr Douais et l'Inquis.* — Sur les protestants, cf. *Code civ. interm.*, v° *Religionnaires.*

(8) Cf. L'Eglise et les Juifs, t. I. *Add.* entre autres textes, *Wiss.*, 12. **X**, 5, 6 et les comment, *Capitul.*, table, v° *Judaei.* Du Cange, *h. v°.* Delamare, *Police*, 2, 3. Britz, 509. Fischer, *De statu Jud.*, 1763 (Metz). Stobbe. *Juden in Deutschland*, 1866; *Handb.*, § 46 Heusler, § 35. Gierke, *D. Privatr.*, § 55. Pollock,

ciale (1) (nobles, roturiers, serfs (2), esclaves), les condamnations pénales (mort civile, infamie, professions déshonorantes). Le sexe, l'âge et les infirmités, qui n'ont guère d'effets aujourd'hui que sur la capacité *stricto sensu* ou aptitude à exercer les droits que l'on a (*Handlungsfähigkeit*), en avaient autrefois même sur la jouissance des droits, l'aptitude à en avoir (*Rechtsfähigkeit*). C'est ce qu'on a déjà vu à propos du droit public et de la famille. Il reste à compléter seulement sur quelques points les explications déjà données.

2. — Les **étrangers** ou **aubains** (3) furent primitivement sans

et M., I, 451. Pertile, § 99. Glasson, 7, 74. Thèses : Gasnos, 1897; Lucien Brun, 1900; M. Maynial, *La quest. juive en 1789*, 1903. Fauchille. *La quest. juive. s. l'Empire*, 1884. Iteinberg, *Z. Gesch. d. Juden* (Suisse), 1902.

(1) Heusler, § 36. Stobbe, § 46. Gierke, *Deutsch. Privatr.*, § 46 et suiv. Regnier, Thèse, 1900 (Dist. des classes dans la société allemande actuelle). Ritou, *id.* (Basques). *Rhdr.*, 1, 407 (Oviedo). Michelin et Legrand, *Cond. des pers. d'ap. le Koran*, 1879. Post, § 125. *Tract. univ. jur.*, t. XVI.

(2) Chopin, *Privil. rustic.*, 1875; *Tract. de privil.*, 1582.

(3) Bibliographie. — Traités de dr. international. Voy. t. I, Droits féodaux, Domaine, Statuts. *Tract. univ. jur.*, t. 2. — Ragueau, Ferrière, Guyot, etc., v^is *Aubaine, Naturalisation*, etc. Charondas, *Pand.*, 1, 16; 2, 8. Bacquet, *Œuvres*, t. II. 1744. Loisel, 67. *Ord.*, t. XV. Argou, 1, 11. Pothier, *Tr. des pers*, n° 43. Bourjon, I, 86, éd. 1770. — De Saint-Gerans, *De usu albinagii*, 1785. Gaschon, *Code des aubains*, 1818. Demangeat *, *Hist. de la cond. civ. des étr.*, 1844. Sapey, 1843; Soloman, 1843; Bonne, 1880. Viollet, 365 (bibl.). Beaune, *Pers.*, 1882. Glasson, 2, 500; 7, 62; 8, 282. — Stobbe, § 42. Heusler, § 34. Grimm, *RA*, 396. Siegel, § 130. Brunner, § 35. Schrœder, Table, v° *Fremde*. Hildebrand, *De jure Vildfangialus*, 1717. K. Brunner, *Pfalz, Wildfang.*, 1896. — Pollock et M., I, 441. Lehr, p. 21. Glasson, 2, 600; 6, 128. — Pertile, § 98. Salvioli, p. 296. Ciccaglione, *Man. d. stor. d. dir. ital.*, I, 348. Guerra, *Albinaggio*, 1900. Volpicella, *id.*, 1848. Morpurgo, *Forestieri* (*Arch. giur.*, IX, 249). — W. Pappafava, *Rechtsstell. d. Fremden*, 1892 (bibl.).

Albanus, de *alibi*, ailleurs (lat. populaire * *alibanum*); étymologie certaine et qui nous dispense de mentionner les explications fantaisistes courantes. Charte de 820 donnant à l'évêque de Paris, sur le territoire de Notre-Dame, la juridiction *de incolis qui rustice albani appellantur*. Lasteyrie, *Cart. de Paris*, 1887, I, n° 31 (disc. sur l'authenticité). — Autres dénominations : *peregrini* (pèlerins), Du Cange, *h. v°*; *advenae; alienigenae*. *Wargangus*, L. Fr. Cham., 9. *Roth.*, 367, cf. *wargus*, l'individu hors la loi; explic. diverses : celui qui mendie de maison en maison (*alilanti* = *der Elende*), Grimm, *RA*, 2, 335; ou celui qui est protégé, *wara* = protection, *ib.*, 2, 143. Cf. *Sal.*, 45 : *homo migrans* (Ci-dessus, p. 293, t. II) : c'est un étranger au village, l'habitant d'un autre village qui se déplace; ce n'est pas un étranger au pays; aussi n'est-il question contre lui que d'une expulsion légale. Voy. aussi responsabilité collective des communautés, ci-dessus, p. 408, t. II. Système anglais du *franckpledge*, Pollock et M., I, 554.

droits dans le groupe social auquel ils n'appartenaient pas (1). Il était loisible à chacun de les maltraiter, de les réduire en esclavage ou même de les tuer impunément; nul n'avait à les venger (2). C'est par application de ces idées que le naufragé appartint longtemps, corps et biens, au seigneur de la terre où il abordait (3). — L'hospitalité (4), imposée par les mœurs (5) et quelquefois par la loi (6), tempérait la rigueur de ce droit;

(1) La plupart étaient des malfaiteurs, des bannis, des exilés, ou bien des espions envoyés par l'ennemi.

(2) Cf. Etrangers, t. I. Viollet, 365. Post, 1, 448. Grimm, 396. Michelet, 406. — Salvien, *De gub. Dei*, 5, 9. Méginhard (IX^e^ s.), *Transl. S. Viti*, 13 : *peregrinum qui patronum non habebat vendebant Saxones*. Transl. S. Alex., 13. Cf. *Burg.*, 38, 39. Ina, 20 : on le traite comme voleur *si nec vociferaverit nec cornu insonuerit*; dès lors, s'il a le soin d'appeler, il n'est ni tué ni réduit en esclavage. Siegel, § 130. — Sur les Maures, cf. *Siete Part.*, 7, 25. **X**, 5, 6. Glasson, 6, 662.

(3) Droit de naufrage, *lagan* (*laga*, loi), ci-dessus, p. 217, t. II. Du Cange, *h. v^o^*. Pertile, 3, 200. Il est difficile d'y voir une extension du droit d'occupation des *res nullius* admis par les lois romaines, car les objets échoués n'étaient pas des *res nullius*, et celui qui s'en emparait risquait d'être puni comme voleur. Cod. Just., 11, 5, 1. Pacte de Sicard de Bénévent en 836. Cf. cep. Zanetti, *Legge romana vet. coir.*, p. 125. *C. Euric.*, 282. *L. Wis.*, 7, 2, 18, éd. Zeumer. Les représailles à l'égard des Normands et autres pillards durent contribuer à maintenir ou même à développer le droit de naufrage. D'après d'anciens documents, les païens regardent l'Océan comme une vache qui met bas pour eux; dès qu'apparaît un navire en détresse, tous accourent sur le rivage avec des crocs pour s'emparer des débris. Grimm, *RA*, 950. Au onzième siècle, l'Eglise, reprenant la tradition romaine, excommunie ceux qui usent de ce droit barbare. **X**, 5, 17 (1179). Frédéric II l'abolit dans sa Constitution en faveur des étrangers, en 1220, c. 9, *MGH. LL.* II, 243; Authentique *Navigia* sous C. J., 6, 2, *de furtis*, 18. Schrœder, 520. *Const. Sic.*, 1, 29. Rôles d'Oléron, 29. Mais il persista longtemps en beaucoup de lieux à titre d'usage local. Les *Ass. de Jér.*, *C. des B.*, 46, l'avaient aussi supprimé. En France, traité de 1231, Ord. 1277, 1461, etc. Isambert, Table, v° *Bris et naufr.* D. Vaissete, 5, 1114. Cf. Aucassin et Nicolette, éd. Suchier. L'Ord. de 1681, 4, 9, 1 et 45, met sous la sauvegarde du roi les vaisseaux échoués et punit de mort ceux qui allument, la nuit, des feux sur les grèves afin d'y attirer et d'y perdre les navires. — Si le droit de naufrage disparut, il fallut régler le sort des objets échoués que nul ne réclamait. Cf. Ord. 1543, 1567, etc. Ci-dessus, p. 217, t. II. — Pappafava, p. 22 (bibl.). Linyer, *Le Dr. d'épaves dans la législ. actuelle*, 1903.

(4) Cf. Post, 1, 449. Osenbrüggen, *Stud.*, p. 19. *Dig. ital.*, v° *Alberghi*. Lehmann, *Abhandl.*, 1888.

(5) Textes de l'Ecriture. Exode, XXII, 21; XXIII, 9. Lévit., XIX, 33, et XXXIII, 22. Deutér., X; XVIII, 19.

(6) César, 6, 23. Tacite; *Germ.*, 22 : *quemcumque mortalium arcere tecto nefas habetur*. *Burg.*, 38 (peine contre quiconque refuse de recevoir un hôte, contre le Burgonde qui le renvoie à un Romain. Cassiod., *Var.*, 14. *Bai.*,

l'étranger cessait d'être traité en ennemi, dès qu'il se trouvait un membre de la communauté pour le prendre sous sa protection, se faire son répondant et l'admettre à titre d'hôte dans sa famille (1). Le premier soin de l'étranger était donc de se chercher un patron (de là l'usage antique d'aller s'asseoir au foyer de la famille, sous la protection des dieux domestiques). — A la suite des invasions et du mélange des races qui en résulta, à la suite de l'établissement de l'Etat franc dont les sujets étaient de nationalités diverses, à la suite de la conversion des Germains au christianisme et de l'influence des mœurs romaines, le préjugé contre les étrangers perdit de sa force. On n'envisagea point comme étrangers ceux qui appartenaient aux démembrement de l'Etat franc, lorsque celui-ci se sectionnait en plusieurs royaumes; le partage n'était souvent que provisoire et il subsistait une certaine unité morale et d'assez fréquentes relations entre les nouveaux Etats. Mais plus encore que les nationaux, les étrangers se virent dans la nécessité d'avoir un patron (cf. séniorat). Le patronage du roi avait toujours été particulièrement recherché, parce qu'il était plus efficace; seul, il exerçait d'une façon utile sur les voyageurs et les pèlerins qui traversaient le royaume; il devint subsidiaire, c'est-à-dire que le roi se fit le patron de tous ceux qui n'en avaient pas (2). A cette protection le roi gagnait un cens annuel, le wergeld et la succession de ceux qui y étaient soumis (3), au moins s'ils mou-

3, 14. Capit. 802, 27 (I, 96) : *peregrinis nemo hospitium denegare audeat.* Anség., I, 70. Capit. 803, 20, etc., t. I, p. 131, 193, etc. Bened. Lev., I, 364. Cf. Rozière, *Form.*, nos 27 et suiv. (*praecepta pro Judaeis et negotiatoribus*). — Grimm, *RA*, 400. Droits du passant. *Roth.*, 358. *Wis.*, 8, 4, 27, etc. — C. de Bigorre, 24 : *peregrini pacem ubique habeant. Wis.*, 11, *in fine* (*transmarini negotiatores*). Barcelone, 62 (paix des routes).

(1) En principe, l'étranger suit la loi de son patron, mais le roi autorise parfois ceux qui sont sous sa protection à vivre selon leur loi d'origine. *Roth.*, 190. Rozière, n° 27 (Juifs). Cf. ci-après *guidaga*, *ducatus*, à l'époque féodale, pour l'étranger qui ne fait que passer, le marchand. Dareste, *NRH*, 1903, 483.

(2) Schmid, *Ges. d. Angels.*, p. 126. Concile de Paris, 996 (D. Bouquet, X, 627) : *justicia regis est .. advenis, pupillis et viduis defensorem esse. Corpus jur. hungar.*, I, 125. De même pour les Juifs, il semble que dès l'époque franque, le roi exerce sur eux un patronage général. Cependant, ce point est discuté. Gierke, *D. Privatr.*, I, 438.

(3) *L. Fr. Cham.*, 9. Ina, 23; Cnut, 40. *Bai.*, 4, 30. *Capit.*, I, 447, c. 2. *Res peregrinorum propriae sunt regis.* Mabillon, *Ann. Ord. S. B.*, II, 699. Mühlbacher, *Reg.*, n° 152. La loi lombarde, *Roth.*, 390, ne leur permet pas

raient sans postérité. Par mesure d'ordre (1), il fut prescrit aux *missi* de dresser la liste des étrangers qui se trouvaient dans leur cercle d'inspection (2).

Le **droit féodal** (3) continue le droit barbare, mais en l'aggravant. Au lieu de devenir le monopole exclusif de la royauté, le patronage des aubains et les droits utiles qu'il comporte se dispersent de plus en plus entre les mains des seigneurs (4). Il en résulte deux conséquences fâcheuses : *a)* on regarde désormais comme étranger l'individu qui n'appartient pas à la seigneurie, même s'il est Français (5) ; *b)* en même temps la rapacité du fisc seigneurial exagère les droits sur les aubains comme, d'ailleurs, sur les autres personnes de condition inférieure. L'aubain doit s'avouer l'homme du seigneur sur les terres duquel il s'établit (6) ; on lui accorde pour cela, d'ordinaire, un délai d'an et jour (7), passé lequel il peut être saisi,

de disposer de leurs biens *absque jussione regia* ; cependant s'ils ont des enfants légitimes, ceux-ci les recueillent en qualité d'héritiers. Peuvent-ils recueillir une succession? Il semble que non (arg. a *contr.* du Capit. 806, c. 9. *Divisio regni :* les sujets des royaumes établis par le fait du partage peuvent se succéder les uns aux autres). *Capit. long.*, 792, 10; *Epist., ad Offam.* Cf. *Rib.*, 31, 3; 36.

(1) Mesures individuelles comme le *Praeceptum pro Hispanis*, 812, 815. Ci-dessus, p. 288, t. II. *Add.* Imbart de La Tour, dans les *Mél. P. Fabre*, 1902 (colonies agricoles et occupation ou aprision). Cf. colonies allemandes, Blondel, Meitzen, *op. cit.* Cf. Les serfs (hôtes, hostises), t. I. Sée, *Classes rurales*, p. 62. Flach, *Orig.*, II, 139.

(2) Cap. 803, 6, et 806 (I, 115, 447) : *ut, cum missi nostri ad placitum venerint, habeant scriptum, quanti adventitii sunt in illorum missalico aut de quo pago sunt et nomina eorum et qui sunt eorum seniores.* Bened. Lev., 6, 222. *App.*, 2, 4.

(3) Du Cange, v° *Albani*, etc. *Olim*, Table, *h. v°*. Ragueau, v° *Aubaine*.

(4) Dénominations : épave, méconnu, forain, etc. Du Cange, v° *Forenses*. Rastall, v° *Foreign*. — Pertile, 3, 193.

(5) Etrangers au bailliage, au diocèse. Loudunois, 2, 5. Tour., 2, 3. Brussel, *Us. des fiefs*, 3, 16. Stobbe, 1, 310.

(6) Durant l'an et jour, l'aubain peut s'avouer l'homme d'un autre seigneur ou du roi. *Et. de saint Louis*, 2, 30. Agen, 33 (un an et un mois pour se choisir un seigneur). Laroque-Timbaut, 51. Loisel, 44 : *l'aveu emportait l'homme.* Vente de la *justitia albanorum.* Acte de 1232 cité par Demangeat, p. 99.

(7) Serment des aubains, *Gr. Cout.*, 2, 29 : *Tu jures que d'icy en avant tu me porteras foy et loyaulté comme à ton seigneur et que tu le maintiendras comme homme de telle condition comme tu es, que tu me payeras mes debtes bien et loyaulment toutes fois que payer les deveras, ne ne pourchasseras chose pourquoy je perde l'obéissance de toy, ne de tes hoirs, ne ne partiras de ma court, ce n'estoit pas par défault de droict ou de*

corps et biens (1). En supposant qu'il fasse l'aveu, il est souvent traité comme serf (2); c'est ce qui arrive dans les seigneuries où le servage est la règle, où l'*air rend esclave* (sauf exception pour les gentilshommes) (3); au contraire, dans les seigneuries où l'*air rend libre* (4), où le servage n'existe plus ou n'est qu'une

mauvais jugement, et en tous cas tu advoues ma court pour toi et pour tes hoirs. On voit que l'aubain conserve sa condition; s'il est roturier, il ne devient pas serf, etc.

(1) *Et. de saint Louis.* I, 92 : *se aucuns hom qui ne soit pas de la vile vient ester en chastelerie au baron et il ne face seignorage dedanz l'an et jor, il seroit esploitables au baron, et se aventure estoit que il morust et il n'aüst comandé a randre IIII deniers au baron, tuit si mueble seroient au baron* (même peine en cas de suicide). 100 : *Se gentis hom a home mesqueneü en sa terre, se il servoit le gentil home, et il mourust, li gentis hom avoit la moitié de ses muebles. Et se il moroit sanz oir et sanz lignage, toutes ses choses seroient au gentilhome: mais il rendra ses detes et si fera s'aumosne avenant* (legs pieux convenable). *Et se li mèsqueneüz avoit conquises aucunes choses à autres vavasors que à celui à qui il seroit homs, li autre seignor n'i avroient riens par droit. Mais ils ne prendroient pas dou seignor a celui les cens ne les costumes* (redevances accoutumées), *ainz covenroit que il lor en baillast home costumier* (tenu à payer ces redevances) *qui les en servit.* — Difficultés sur ces textes. On a eu le tort d'y chercher une distinction entre l'étranger d'origine inconnue (c. 100) et l'étranger venant d'une châtellenie voisine (c. 92). Viollet, p. 366, n. 5. Du Cange, v° *Expletabilis.*

(2) Cette asssimilation au serf a été contestée. Mais cf. Beaum., 45, 19. Châteauneuf, 2, 20. *Cout. d'Anjou*, éd. B.-B.. I, p. 232, 311 : *de home estrange et cuvert*; cf. Math. Pâris, *Hist. Angl.*, a. 1213 : *sub nomine culvertagii et perpetuae servitutis.* Poursuite des aubains. Du Cange, v° *Albani.* Formariage, Bacquet, *op. cit.* Châlons, 16 (arg. *a contr.*), Cens, *census forasticus*, Demangeat, p. 100 et suiv. (textes du onzième siècle). Viollet, *Et. de saint Louis*, 4, 303. Mainmorte, *Et. de saint Louis*, 2, 31 (t. 2, p. 439). *Jost.*, p. 255. Loisel, 68, 101. Ragueau, v° *Parcours.* Cf. Servage, t. I. — *Wildfänge* (not. Palatinat), Grimm, *RA*, 327, 399. — De même on considérait les Juifs comme des *servi principum.* Saint Thomas, *Summ. theol.*, sec. sec., q. x, art. 2. *Miroir de Souabe*, 260 (214). Ce n'étaient pas des étrangers à proprement parler, puisqu'ils ne venaient pas du dehors. A l'époque franque, ils étaient déjà frappés d'incapacités qui n'avaient d'autre raison d'être que le préjugé religieux; mais ils n'étaient point assimilés à des esclaves. Ed. Chlot., 2, 10. Capit., 850, c. 24. D'où vient que leur situation se soit aggravée par la suite? Heusler, § 35. Influence des croisades.

(3) Vitry, 72 : *espavité ne gît en noblesse.* Ragueau, *h. v°.*

(4) Cf. Villes privilégiées, t. I. Beaum., n° 972, éd. Salmon : *il loist à chascune franche personne a aler manoir ou il lui plest.* Laroque-Timbaut, 53. La plupart des chartes municipales prévoient l'établissement de l'étranger. Loisel, 24. Toulouse, 155, 156. Lézat, 2. Montp., 31, 45, 93, 105. Albi, 4. Agen, 33. Charroux, 3. Martel, 18. Apt, 38, etc. Faveurs quelquefois, Pertile, 3, 290. Protection par voie de guidage, sauf-conduit, sauvegarde, en particulier à l'occasion des foires et marchés. Huvelin, Thèse (escorte, let-

exception, il est libre. Au premier cas, sa condition est facile à déterminer ; notons en particulier qu'il est sujet à la main-morte. Dans la seconde hypothèse, il est traité comme les roturiers du lieu où il vit, sujet aux mêmes droits et, en outre, frappé d'incapacités variables dont les plus communes sont les suivantes : sa succession appartient au seigneur (*liber vivit, servus moritur*) (1), à moins qu'il ne laisse des descendants nés dans la seigneurie (2) ; il ne peut tester (3), il ne peut pas non plus succéder *ab intestat* ou par testament ; il lui est interdit d'acquérir des terres (4), d'exercer des fonctions publiques (5) ;

tres). Du Cange, v° *Ducatus*, etc. Opposition entre l'habitanage et la bourgeoisie. Soulatges, *C. de Toulouse*, Ord. municipale de 1731. — *Gastgerichte* allemand, Osenbrüggen, *op. cit.* Angleterre (Lehr, p. 27), jurys mixtes; Cour des pieds poudreux (pour les marchands forains). Cf. sur cette expression, *L. Burg.*, 140. *L. d. dr.*, n° 486.

(1) Admettre l'étranger à succéder, c'eût été lui permettre de transporter hors d'une seigneurie des biens qui s'y trouvaient, ce qui équivalait, dans les idées du temps, à commettre une sorte de vol contre le seigneur. Tantôt on lui refusa complètement le droit de succéder, tantôt on permit au seigneur de retenir une partie des biens. Le seigneur est autorisé à pratiquer une retenue du même genre sur les biens de celui qui quitte son domaine (*gabella emigrationis*). Stobbe, 1, 312, 316. Fréquemment la succession de l'étranger se trouvait en déshérence, car ses parents étaient inconnus ou éloignés. Cf. Pertile, 3, 189. Ces idées n'auraient peut-être pas suffi pour donner naissance au droit d'aubaine, mais elles furent assez fortes pour maintenir sur ce point la tradition hostile aux étrangers et qui leur refusait tous droits. Brunner, *DRG.* I, 275.

(2) *AC. Verm.*, n°s 140, 141 (dr. de tester). Pertile, 3, 196. *L. d. dr.*, n° 376.

(3) Cf. cependant *Et. de saint Louis*, *loc. cit. AC. Verm.*, p. 80. Picot, *Hist. des Etats gén.*, I, 469.

(4) *Sal.*, 45. Salon : consent. de la Cour. Giraud, 2, 260. Statuts italiens, Pertile, 3, 191. Parfois défense de doter la femme qui épouse un étranger, *ib.* Surtout en Italie et en Allemagne. Stobbe, 1, 310 (*Landsassiatus plenus*). Retrait de marchandises. Ci-dessus, p. 370, t. II et suiv. Montp., a. 1205, 6. En Angleterre, jusqu'en 1844, les étrangers ne pouvaient acquérir d'immeubles (ou de navires) à aucun titre, sous peine de confiscation. L'étrangère mariée à un Anglais ne pouvait, dès lors, avoir de douaire, et l'étranger marié à une Anglaise ne jouissait pas du bénéfice de la Courtoisie d'Angleterre. Blackstone, t. 2, p. 54, tr. fr. Cf. sur l'établissement de ces règles, Pollock et M., I, 445 (rapports entre la France et l'Angleterre). Dans le Languedoc, les Juifs possèdent des terres. Saige, *op. cit.* Mais en général il n'en est pas ainsi.

(5) Arles, Salon, Carcassonne, etc. Giraud, II, 131, 153, 254. Statuts italiens : fonctions d'avocat, de notaire. Pertile, 3, 190. Parfois même exclusion de certaines professions. Ils ne peuvent faire partie des corporations que depuis l'Edit d'août 1776, art. 9, Mont., 109; ils ne pouvaient pas invoquer les tarifs légaux des marchandises; leur témoignage n'était pas admis en justice; caution *judic. solvi*, *ib.* Pour eux, les peines sont plus dures

les peines sont plus dures et les taxes plus élevées (1); il est sujet aux représailles (2), à l'arrêt ou à la saisie privée (3), à l'expulsion. La réaction contre ce traitement rigoureux infligé à l'étranger vint de l'Eglise et du pouvoir monarchique. En 1220, l'Authentique *Omnes peregrini* de Frédéric II (4) reproduite par Louis le Hutin en 1315, leur accorda le droit de tester et, à défaut d'héritiers *ab intestat* ou testamentaires, attribua leurs biens aux pauvres ou à l'Eglise. Il est vrai que ces dispositions restèrent à peu près sans application. En même temps, des causes locales plus efficaces, les relations, commerciales ou autres, entre villes et seigneuries, firent disparaître le droit d'aubaine, surtout à l'intérieur du royaume (5). Parfois, par exemple à Nice, au treizième siècle, on trouve établi le principe de la réciprocité; les étrangers sont traités à Nice comme dans leurs pays ils traitent les Niçois (6).

Transformation du droit seigneurial en droit domanial. —

(Arles, 17, 18) et la procédure plus rigoureuse, *ib.* Les créanciers nationaux passent avant les créanciers étrangers. — Les mariages entre étrangers et nationaux étaient parfois entravés par des formalités, d'autres fois au contraire favorisés. Montp., 93. — Tonneins, 91. J. Faure se demande si un étranger peut être tuteur, 1, 26a (cf. Table).

(1) Arles, 1235, dans Giraud, II, 6 et suiv. Cf. pénalités dans les foires. Huvelin, Thèse, p. 467.

(2) Montpellier, 23, 29 à 34. Carcass., 138. Pasquier, *Inst.*, 176. Stobbe, 1, 318. Pertile, § 34. Pappafava, p. 29. Huvelin, p. 443. Ci-dessus, p. 543, t. II. Del Vecchio et Casanova, *Rappresalie n. communi medievali* (Florence), 1894.

(3) Ci-dessus, p. 546, t. II. Montp., 29 et suiv. Arles, dans Giraud, II, 165, Albi, 5. Martel, 19, 23. Bord., *AC*, 101. *Arch. lég. de Reims*, I, 38. Pertile, 3, 191. Pas de cession de biens. Ord. 1667, 34, 1; 1673, 10, 2. Stobbe, I, 318. Cf. franchises des foires. Cod. Just., 4, 60, 1. Huvelin, Thèse, p. 438.

(4) *Const. Frid.* II, § 10; à la suite des *L. Feud.* (ou *MGH. LL.*, II, 243, c. 8) : *Omnes perigrini et advenae libere hospitentur ubi voluerint et hospitati, si testari voluerint, de rebus suis ordinandi liberam habeant facultatem: si vero intestati decesserint, ad hospitem nihil veniat, sed bona ipsorum per manum episcopi loci tradantur, si fieri potest, heredibus, vel in pias causas erogentur.* Auth., s. C. J., 6, 69. Isambert, III, 128. Pertile, 3, 195, cite des dispositions antérieures prises par le Saint-Siège pour son domaine (1169). Cf. textes qui attribuent la moitié de la succession à l'hôte et la moitié à la ville. L'hôte s'emparait des vêtements de l'étranger. Stobbe, 1, 315.

(5) Montp., 30 : *omnia bona sua debent esse salva.* Châtelblanc, 1303, art. 5 et 6. Châtillon, art. 25 (Giraud, 2, 346). Albi, 1220, 1 et 2. Saint-Maurin, 1358, 2, etc. Montp., 108, 114. R. Caillemer, *Admin. des success. par les pouv. publics*, 1901. Ci-dessus, p. 614, t. II.

(6) Pertile, 3, 197.

Par une évolution symétrique à celle qui se dessinait à l'époque franque, l'avouerie du roi devint subsidiaire et finit par être admise à titre exclusif. Dans le domaine de la couronne, tout aubain dont le seigneur n'avait pas fait son homme dans l'an et jour, devint l'homme du roi (1) ; avec le temps, l'aubain ne put même plus reconnaître d'autre seigneur que le roi ; il en est ainsi dès le treizième siècle dans l'Orléanais (2). Vers la même époque, une Ordonnance insérée dans les *Olim*, II, 456, sous le titre significatif d'Ordonnance sur les mainmortables, les aubains et les bâtards, témoigne de la fréquence des différends entre les seigneurs et les agents du roi au sujet des successions de ces trois classes de personnes (3). Les droits des seigneurs haut justiciers seuls sont reconnus ; encore faut-il qu'il n'y ait point possession contraire. Dans la réaction qui se fit après Philippe le Bel, ces droits furent encore reconnus en 1315. Mais à la fin du quatorzième siècle (1386) on vit Charles VI s'attribuer la succession des aubains dans toute la Champagne, en quelque haute justice qu'ils fussent morts (4). Le même phénomène de concentration s'était produit dans les domaines des grands feudataires. Comme le roi leur succéda, l'aubaine royale universelle (5) fut le régime en vigueur depuis le seizième siècle, sauf dans quelques Coutumes qui, s'arrêtant à mi-chemin dans cette voie, rattachaient encore le droit d'aubaine à la haute justice (6). Ce changement eut d'heureuses conséquences pour les étrangers ; il rendit leur condition uniforme et l'adoucit ; en même temps il diminua leur nombre, car il ne fut plus question des étrangers à la seigneurie, mais seulement des étrangers au royaume.

Nationalité (7). — Le morcellement féodal obscurcit longtemps

(1) *AC. Champ.* (B. de Rich., 3, 218).

(2) *Et. de saint Louis*, 2, 31. Cf. Charte de 1136 pour Juvisy. Glasson, 7, 67. Evolution analogue en ce qui concerne les Juifs. *Mir. de Souabe*, 214 (w.) : ils sont serfs de la *camera* (fisc) du roi des Romains.

(3) *Olim*, 2, 456; 3, 211, 223. Vuitry, *Et. s. le rég. fin. de la France*, 1, 442. Ducoudray, *Orig. du Parl.*, p. 809.

(4) *Ord.*, VII, 156. Desm., 295. Lecoq, 290.

(5) En délivrant des lettres de naturalité, le roi exproprait les seigneurs de leur droit d'aubaine.

(6) Exceptions : Ragueau, v° *Aubenage*. Dumoulin, s. Anjou, 11 ; Maine, 48; Tours, 43. Loisel, 71. Glasson, 8, 296. Mais au dix-huitième siècle, on ne tenait pas compte des coutumes contraires, la souveraineté du roi étant imprescriptible. Argou, 1, 11.

(7) G. de Lapradelle, *Nationalité d'origine*, 1894.

l'idée de nationalité; on fut Breton ou Gascon avant d'être Français; mais avec la monarchie absolue et les longues guerres contre les peuples voisins, cette idée prit corps dans l'opinion comme dans la loi. Le fait de la naissance décida d'abord de la nationalité; était Français quiconque était né sur le sol français, que ses parents fussent Français ou étrangers (**Jus soli**) (1). Au seizième siècle, on discute, sur certains cas; au dix-huitième siècle, un principe nouveau se fait jour dans quelques cas, le **Jus sanguinis**; on se dit que la nationalité et l'attachement qu'elle comporte pour un pays ne sauraient dépendre d'un accident comme la naissance au cours d'un voyage, pendant un séjour très bref et quelquefois forcé; le hasard ne doit pas plus créer la nationalité qu'il ne crée la parenté; dès lors on *tend* à s'attacher à la nationalité des parents pour déterminer celle de l'enfant (2); ainsi est Français l'enfant né à l'étranger d'un père français, sans condition si celui-ci n'a pas perdu l'esprit de retour (3); à condition de s'établir en France, s'il l'a perdu; à l'inverse, la qualité de Français est perdue par l'établissement à l'étranger sans esprit de retour (4); au cas de retour en France, on redevient Français *ipso facto* (sans effet rétroactif) (5).

Les étrangers devenaient Français, en dehors du cas de l'annexion d'un territoire, par la naturalisation. On ne connut d'abord que l'attache à la seigneurie ou l'acquisition de la bourgeoisie d'une ville; plus tard, la bourgeoisie du roi, quand elle prit un caractère personnel, servit de transition à l'acquisition

(1) La loi anglaise est une de celles qui ont admis avec le plus de logique le *jus soli* (cf. cep. Pollock et M., I, 441 : discussion en 1343; Blackstone, t. 2, p. 54, tr. fr.) : est Anglais quiconque est né sur le sol anglais, que ses parents soient Anglais ou non; et n'est Anglais que celui-là (sauf naturalisation); d'autre part, celui qui est né Anglais ne peut cesser de l'être qu'avec le consentement du prince (perpétuelle allégeance). Serment d'allégeance. Blackstone, t. 2, p. 46.

(2) Blackstone, 2, 57, tr. fr., dit qu'à la différence de ce qui se passe en Angleterre, un enfant né en France de parents étrangers est étranger. Mais Pothier, n°s 43 et suiv., est en sens contraire.

(3) Pothier, n° 65; arr. de l'Anglaise, 1576. Boerius, *Decis.*, 13. Mais cf. Glasson, 8, 282. Bacquet, II, 128.

(4) Peines contre les religionnaires fugitifs sous Louis XIV; la législation révolutionnaire contre les émigrés n'est guère qu'une contrefaçon des mesures prises par l'Ancien Régime à propos des réformés. Maria, *Acad. lég. Toulouse*, 1903.

(5) Pothier, n° 62, 63, 66 (Détails).

de la nationalité. Dès le milieu du quatorzième siècle, le roi délivre des **lettres de naturalité**, sans se référer à une bourgeoisie quelconque (1). Nulles conditions autres que le bon plaisir du roi (2). Cependant on ne naturalise guère que ceux qui résident en France (3). La délivrance de ces lettres (4) donne lieu, d'ordinaire, à la perception d'un droit proportionnel à la fortune du naturalisé (5). Elles étaient quelquefois collectives (6); et se confondaient alors, ou peu s'en faut, avec ce qu'on appelle d'ordinaire le *bienfait de la loi*. L'étranger naturalisé jouissait, en principe, des mêmes droits que les Français naturels (7); mais ses enfants ne profitaient de la naturalisation que s'ils avaient été expressément visés.

Incapacités des aubains ou **droit d'aubaine** *sensu lato*. — Les aubains sont exclus des bénéfices ecclésiastiques et des

(1) Lettres manuscrites citées par Viollet, 372, 1 (a. 1341 : déclarons A. G. avec ses enfants nés et à naître nos bourgeois de Paris, de Montpellier et de tout notre royaume) et 2 (a. 1340). Nobles et roturiers, Epoque féodale, t. I. Viollet, 371, cite un cas (très exceptionnel) de naturalisation seigneuriale en 1497. — Ferrière, *h. v°*. — Glasson, 8, 286, en distingue les lettres de déclaration de naturalité.

(2) La délivrance des lettres de naturalité donna lieu à des abus; on en délivrait trop. Les Etats de Blois, 1576, demandèrent qu'on ne les accordât qu'à ceux qui avaient résidé pendant dix ans en France. Bacquet, p. 73. Une décl. de fév. 1720 révoqua toutes les lettres concédées à de non résidents. — Le droit anglais se montra très difficile en matière de naturalisation et ne permit pas au naturalisé de siéger au Parlement.

(3) Anciennement, l'acquisition de la bourgeoisie supposait d'ordinaire la résidence, l'acquisition d'une maison, de terres. Arles, dans Giraud, 2, 89. Salon, *ib.*, p. 248.

(4) Enregistrement à la Chambre des comptes. Pothier, n° 51. Insinuation (Edit déc. 1703). Glasson, 8, 284.

(5) Exception (Viollet, p. 372), par exemple Laurent de Médicis, 1519.

(6) Juifs portugais convertis, 1550. Ouvriers des Gobelins, de Beauvais, etc. Décl. 1687 : ceux qui ont servi cinq ans dans la marine ou l'armée.

(7) Quelques restrictions. Demangeat, p. 166. Ord. Blois, 1579, 4. Warnkœnig, 2, 187. L'exemption du droit d'aubaine ne conférait que des droits de succession. Pothier, n° 60. La *denization* en Angleterre diffère de la naturalisation, quoiqu'elle entraîne quelques-uns de ses effets; elle résulte de lettres patentes du roi, tandis que la naturalisation a exigé longtemps un acte du Parlement. Le *denizen* devenait sujet anglais, mais n'avait pas tous les droits d'un Anglais de naissance. Il pouvait acquérir des terres, sauf par voie de succession ou de concession de la part du roi; il restait soumis aux taxes spéciales qui frappaient les étrangers; il ne pouvait être investi des fonctions publiques ni siéger au Parlement. Blackstone, t. 2, p. 53, tr. fr. Pollock et M., 1, 443.

fonctions publiques (1), même de la tutelle (2), mais ils ont la jouissance de beaucoup de droits privés ; la distinction entre ceux qui leur sont refusés est assez arbitraire et se rattache à la tradition ancienne ; néanmoins, la doctrine tente de faire le départ sur des bases théoriques ; elle leur accorde la jouissance des droits qui rentrent dans le droit des gens et leur refuse celle des droits civils, critérium savant mais sans grande portée pratique (3). En fait, les acquisitions même immobilières et les dispositions entre vifs leur sont permises, par exemple la donation ; au contraire, ils sont incapables d'acquérir et de transmettre à cause de mort (droit d'aubaine *sensu stricto*) ; ils ne peuvent donc pas recueillir de succession *ab intestat* ou testamentaire (4) ; ils ne peuvent pas non plus avoir des héritiers *ab intestat* (à l'exception de leurs enfants légitimes nés et résidant en France) (5) ou disposer de leurs biens par testament (ils n'ont le droit de tester que de 5 sous pour le salut de leur âme) (6). Ils peuvent se marier et jouissent de la plupart des droits de famille (7). En dehors des incapacités civiles, l'étran-

(1) Pothier, *loc. cit.* Glasson, 8, 287, 303 (mesures particulières contre les étrangers).

(2) Aussi dans l'application y a-t-il des controverses presque insolubles : on reconnaît à l'aubain le droit de se marier, de contracter, d'acquérir la propriété ; mais peut-il prescrire ? exercer le retrait lignager ? etc. Glasson, 8, 290.

(3) L'étranger peut avoir un domicile, chose de fait.

(4) Cf. traités sur le droit de succession, par exemple Lebrun. D'après Viollet, cette règle daterait du quinzième siècle, car les privilèges antérieurs n'en disent rien, *Ord.*, IV, p. 52, 430, 670. Il est clair qu'ils ne pouvaient succéder à un autre aubain, puisque les biens de celui-ci allaient au fisc. Mais on ne voit pas pourquoi ils n'auraient pas recueilli les biens de leurs parents français. Nous serions porté à croire que le silence des anciens textes s'explique autrement ; anciennement les cas de parenté entre nationaux et étrangers étaient fort rares ; quand ils se multiplièrent, le pli était pris. Loisel, 67 : les étrangers demeurant en dehors de la France pouvaient y acquérir des biens par succession. C'est là, à notre avis, une erreur. Cf. cep. Glasson, 8, 294.

(5) Seuls, *les hoirs procréés de son corps en loyal mariage* succèdent à l'aubain, à l'exclusion du roi. *Et. de saint Louis*, 2, 31. L'existence d'enfants régnicoles vaut à l'aubain des lettres de naturalité ; car, le fisc n'ayant plus d'intérêt, il est possible de respecter son testament. Loisel, 70.

(6) Il est difficile de croire que le droit de tester, vu avec tant de défaveur autrefois, ait appartenu aux aubains. Cf. cep. quelques textes exceptionnels. *Et. de saint Louis*, t. 3, p. 51, éd. Viollet, *Cout. d'Anjou*, éd. B.-B., t. 3, p. LX. *Coust. de Verm.*, p. 80. Viollet, 368.

(7) Bacquet, 1, 4 : autrefois permission du roi pour se marier.

ger était soumis à certaines règles de procédure, en l'absence desquelles il aurait pu « sucer le sang et la moelle des Français, puis les payer en faillites », en se retirant dans son pays. 1° L'étranger demandeur doit fournir la caution *judicatum solvi*, c'est-à-dire une caution garantissant le payement des condamnations prononcées contre lui (1). L'étranger demandeur doit fournir la caution *judicatum solvi*, c'est-à-dire une caution garantissant le payement des condamnations prononcées contre lui (4). 2° L'Ordonnance de 1667, 34, 1, restreignit l'application de la contrainte par corps, mais seulement pour les nationaux ; le bénéfice de la cession de biens fut refusé aux étrangers. 3° L'étranger pouvait être actionné devant les tribunaux français par les Français (2) (ou même par des étrangers) (3),

(1) La caution *judicatum solvi* n'est que la plégerie coutumière d'être à droit (ci-dessus, p. 529, t. II), conservée par exception pour l'étranger demandeur, alors qu'autrefois elle était exigée de tous, demandeurs ou défendeurs, nationaux ou étrangers. Littleton, 198. Pollock et M., 1, 442. Abbeville, 37. Montp., 1205, art. 2. Laroque-Timbaut, 9, etc. Loisel, 858. J. Lecoq, 47, 49. Imbert, *Prat.*, 1, 30. Bacquet, 8, 3. Le défendeur en est dispensé, dit-on, parce que la défense est de droit naturel. Stobbe, 1, 317. Pappafava, p. 32. Glasson, *Procéd. civ.*, 1, 471.

(2) Même s'il réside hors de France. J. Lecoq, 148. En mat. réelle, compétence du tribunal de la situation du fonds ; en mat. personnelle, du tribunal du domicile ou de la résidence de l'étranger, à défaut du domicile du défendeur. Anciennement (Bout., 1, 3), ajournements à la frontière ; puis (Ord. 1667, 2, 7) aux hôtels des procureurs généraux des Parlements. Ord. 1673, 12, 17.

(3) Louet, *C*, 42, 3. Les procès entre étrangers étaient anciennement jugés par leurs **consuls**. Cf. sur l'institution du consulat, les traités de droit international, par exemple Bonfils-Fauchille, etc. Valroger, *NRH*, 1891. Goldschmidt, I, 181, et *Mitth. öest. Gesch*, 13, 337. Schaube, *Konsulat des Meers in Pisa*, 1888 ; *La proxénie au moyen âge* (*Rdr. int.*, 1896, 525). Pappafava, p. 32 (bibl.). On doit distinguer trois sortes de consuls : 1° le baile ou consul national, véritable magistrat envoyé par la métropole dans les quartiers ou comptoirs d'Orient (au moins depuis la première croisade) ; 2° le consul élu sur place par une colonie étrangère, à défaut de consul *missus* ; ainsi d'après les statuts de Pise (cf. éd. Bonaini), partout où cinq Pisans se trouvaient ensemble, il leur était loisible de se choisir un consul ; cette habitude dut être favorisée par l'état où était chaque corps de métiers de se donner des chefs qui portent souvent le nom de consuls ; ainsi à Pise, l'*ordo maris* (ceux qui font le commerce de mer ou exercent une profession qui s'y rattache), a ses consuls ou *consuls de la mer* ; les consuls *missi* ou *electi* à l'étranger sont naturellement sous leur dépendance ; mais en France, le consulat de la mer n'existe qu'à Perpignan et à Montpellier, où il a dû venir de Barcelone ; les juridictions consulaires établies à Toulouse, 1549, à Paris, 1563, à Marseille, 1565, se rattachent plutôt aux pouvoirs judiciaires des consuls des marchands ; cf. aussi juridiction des foires

contrairement aux règles ordinaires de la compétence qui auraient voulu qu'il fût jugé dans son pays. On a déjà vu s'il était possible de leur appliquer leur loi nationale (1).

Comment disparut le droit d'aubaine ? — Le droit d'aubaine, après avoir été restreint dans ses effets par le régime monarchique, fut encore supprimé partiellement : *a*) par voie d'exemptions au profit de certaines catégories d'étrangers (ceux qui venaient aux foires, marchands, Lombards et Caorsins, Suisses et Ecossais au service du roi, ouvriers des manufactures royales, possesseurs de rentes sur l'Hôtel de ville, agents diplomatiques) ou dans certains lieux (Toulouse, Lyon, Bordeaux, Marseille, Languedoc, 1484, ressort des quatre grands Parlements du Midi, etc.) (2); *b*) par voie de traités internationaux; dans la dernière moitié du dix-huitième siècle, la France conclut ainsi des conventions abolitives du droit d'aubaine avec soixante-six Etats (3); mais ce système dit de *réciprocité diplomatique* laissait subsister (4) d'ordinaire comme un dimi-

(gardes des foires, et au quinzième siècle conservation des foires); 3° le consul qu'on pourrait appeler proxène, à raison de l'analogie avec les proxénies antiques; c'est un habitant de la ville où est établie une colonie étrangère; celle-ci, avec le consentement de la métropole, conclut avec lui un contrat d'hospitalité; il sera leur hôte, leur protecteur et leur juge (ex. consul des Narbonnais à Pise, en 1275. C. Port, *Essai s. l'hist. du comm. marit. de Narbonne*, 1854). L'extension du commerce fit perdre au consul sa qualité d'hôte; il cessa de procurer un magasin et des logements pour n'être qu'un patron et un défenseur. Cette forme du consulat s'est développée, en particulier chez les nations germaniques; ainsi jusqu'en 1807, la Prusse n'avait eu que des consuls étrangers.

(1) Les tribunaux français devaient-ils juger les étrangers d'après la loi française ou d'après leur loi nationale (dans la mesure où le droit d'aubaine était écarté) ?

(2) Cf. détails et textes dans Demangeat, p. 198 et suiv. Glasson, 8, 298. Isambert, Table, v° *Aubaine*, etc. Pigeonneau, *Hist. du commerce*, I, 205 et suiv., 243. Ci-dessus, p. 472, t. II. Les Lombards apparaissent dès le douzième siècle, « disputant aux Juifs le monopole du commerce, de la banque et de l'usure; » sous Philippe le Bel, ils administrent les finances royales, « font l'éducation commerciale et financière de la France. » Plus tard, on soutint que les Milanais devaient être exempts du droit d'aubaine, parce qu'ils étaient originaires d'un pays qui avait appartenu aux rois de France; mais au dix-huitième siècle, cette théorie était abandonnée. Britz, 509. Demangeat, p. 206. Glasson, 7, 93. Marchands, Caorsins en Angleterre, Pollock et M., 1, 447. Huvelin, Thèse, *l. c.*

(3) Rapport de Rœderer, Locré, *Législ. civ.*, 2, 117. Isambert, Table, v° *Traités*.

(4) En général, l'incapacité de transmettre était supprimée; mais l'étranger ne recueillait la succession de ses parents français que s'il était naturalisé.

nutif du droit d'aubaine, le droit de *détraction* (prélèvement de 10 à 20 % des successions dévolues aux étrangers (1) ; et le droit d'aubaine lui-même pouvait renaître, si le traité était dénoncé (2). La Révolution, s'inspirant des écrits des philosophes (3), prit des mesures plus radicales ; le droit d'aubaine fut aboli en principe par l'Assemblée Constituante le 6 août 1790, comme *contraires aux principes de fraternité qui doivent lier tous les hommes* (4). Cette initiative généreuse trouva si peu d'écho dans les autres pays que les rédacteurs du Code civil crurent que la France jouait le rôle de dupe et rétablirent l'incapacité de disposer et de recevoir à titre gratuit (5) qui frappait autrefois les étrangers, en se contentant de supprimer la dénomination de droit d'aubaine ; seul, un traité établissant la réciprocité, pouvait la faire disparaître. Mesure de rétorsion dont les fâcheux effets se firent sentir dans la crise que traversa la France à la suite des guerres de l'Empire ; la Restauration la rapporta (loi du 14 juillet 1819) en vue d'attirer les capitaux étrangers dans notre pays appauvri ; elle fit donc par calcul ce que la Révolution avait fait dans une pensée humanitaire.

3. — **Les morts civils** sont : 1° les religieux, à la suite de leur renonciation au siècle ; 2° les condamnés à des peines capitales, comme une suite de leur châtiment.

(1) *Gabella hereditatis, Detractus realis* par opp. à la *Gabella emigrationis* ou *Detractus realis*. Ci-contre, *Encycl. méthod. Jurispr.*, III, 687. Stobbe, I, 315. Gierke, *D. Privatr.*, I, 450.

(2) Déclaration de guerre ; d'ordinaire, les étrangers avaient, pour quitter la France, un délai passé lequel ils encouraient la confiscation du corps et des biens.

(3) Montesquieu, *Espr. d. l.*, 21, 17. Guerra, *op. cit.* Necker, en 1787, remarquait que les avantages fiscaux du droit d'aubaine étaient fort peu importants en eux-mêmes, et qu'ils n'étaient rien en comparaison des entraves que son exercice apportait au commerce. Glasson, 8, 298, 303 (Montchrestien, *Econ. polit.*, p. 35 et suiv. : très hostile aux étrangers. Babeau, *Ville*, I, 20).

(4) Ce décret, dans l'opinion générale, ne visait que l'incapacité de transmettre. L'incapacité de recueillir fut supprimée par le D. 8 avril 1791, art. 3. D. 13-17 août 1791. Const. 3 sept. 1791, t. VI ; 5 fruct. an III, art. 335. Viollet, p. 854. Sagnac, p. 246. — Les étrangers restaient soumis à la caution *judicatum solvi*, à la contrainte par corps (D. 4 flor. an VI), etc. La L. du 28 vendém. an VI reconnut au gouvernement le droit de les expulser par simple mesure administrative, droit dont avait joui, bien entendu, l'Ancien Régime. *Code civ. interm.*, v° *Aubaine, Etrangers*. Glasson, 8, 288.

(5) C. civ., art. 726, 912. Même par donation (contrairement à l'ancien droit).

4. — La **profession religieuse** (1) entraînait, aux yeux de l'Eglise, la mort au monde. De là on aurait dû conclure qu'à partir de son entrée au monastère le moine ne pourrait rien acquérir, et que les biens qu'il avait à ce moment passeraient à ses héritiers. Mais tel n'est pas le rôle que lui donne le droit Justinien (2); dans cette législation, il devient une sorte d'*alieni juris* ne pouvant avoir rien en propre, mais acquérant pour son monastère ; tous ses biens présents et à venir, même la succession de ses parents, vont au monastère, sans que ses héritiers testamentaires ou *ab intestat* puissent y rien prétendre. Le Code théodosien n'allait pas aussi loin (3) ; il distinguait entre le présent et l'avenir ; pour l'avenir, la personnalité du moine était absorbée par celle du monastère, il fonctionnait comme instrument d'acquisition au profit du monastère ; pour le passé, ses biens étaient attribués à ses héritiers testamentaires ou *ab intestat ;* le monastère ne les prenait qu'à défaut des uns et des autres. C'est à la tradition théodosienne que semble se rattacher l'ancien droit français (4). Une fois entré dans un monastère (5), le religieux, dépouillant sa personnalité

(1) Cf. L'Eglise, t. I. Camus, n° 2846 et suiv. Bibl. dans les traités de droit canon, par exemple Friedberg, § 86 et suiv. Comm. s. **X**, 3, 31. G. Durand, *Spec.*, 4, 3 (*de regul., de statu monach.*). Lancelot, *Inst.*, 1, 30. Corvinus, *Jus can.*, I, 26. Héricourt, *Lois eccl.*, G, XIII. D. de Maillane, *Dict. de dr. can.*, v^is^ *Ordres, Religieux*, etc. — Chopin, *Monasticon*, 1610. Boerius, *De statu eremitarum.* Richer, *Tr. de la mort civile*, 1755. Pothier, *Pers.*, n° 70. Ferrière, Denisart, Guyot, *h. v°.* Isambert, Table, v° *Monastères.* Britz, 529. — Grospietsch, *De regular. ficta morte*, 1871. Gengler, *Vœu de pauvreté*, thèse, 1893 Louis, *Effets de la prof. monast.*, 1896. Landry, *La mort civile des religieux*, 1900. Mayer, *Prof. religiosa*, 1895. Stobbe, 5, 18. Glasson, 5, 213. Viollet, *Hist. des inst. polit.*, 2, 374. Pollock et M., 1, 416. Faré, *Vœux ecclés.*, 1903 (Thèse).

(2) L. *Deo nobis*, Cod. Just., 1, 3, 56, et Auth. *Ingressi, Si qua mulier, Nunc autem.* Cod. Just., 1, 2, 13; 1, 3, 20. Nov. 5, c. 5; 76 et 123, 38. Gratien, c. 7, 9, 10, **C.**, 19, q. 3; c. 11, 13, **C.**, 12, q. 1; c. 16, **C.**, 18, q. 2. **X**, 3, 35, 6. *Petrus*, 1, 24, 25, 26, 56 (réserve de la *Falcidia, sic*, aux descendants).

(3) Cod. Théod.. 5, 3, 1. *C. Eur.*, 335. *Wis.*, 4, 2, 12.

(4) *Capitul.*, Index, v^is^ *Monachus, Monasterium, Sanctimonialis.* Cap. 1, 114 (autorisation du prince nécessaire pour qu'un homme libre entre dans un monastère); 1, 137 (l'homme libre qui se fait moine peut donner ses biens au monastère); 5, 379 (un moine quitte son monastère ; tous ses biens restent au monastère, même ceux qu'il n'y a pas introduits) ; 5, 381 (id.) ; 6, 110 (tous les biens des moines appartiennent au monastère, même s'ils ont des enfants). Cf. *Petrus, loc. cit.*

(5) Sur la profession religieuse, cf. Le Clergé régulier, t. I. Loisel, 346. Nullité des professions tacites. Ord. 1566, 55. Décl. 10 juil. 1566. Dumoulin,

propre, ne pouvait acquérir que pour sa communauté (1) : tels les enfants non émancipés acquéraient pour leur famille. Mais le monastère ne recueillait pas les biens qu'il possédait au moment de sa profession ; il était censé mort à ce moment, et de cette fiction on tirait une double conséquence : 1° sa succession s'ouvrait au profit de ses parents (2) ; 2° il était dorénavant incapable de succéder *ab intestat* ou en vertu d'un testament, soit dans son intérêt, soit dans l'intérêt du monastère (3). En ce sens, la mort civile qui l'atteignait équivalait à la mort réelle (4). Dès le treizième siècle, on la trouve acceptée avec ces

s. 147, Blois : *haec valuit aetate monachorum, sed aetate nostra consenuit.* Louet, C, 8 42. Registre des vêtures et noviciats. Ord. 1667, 20, 15. Décl. 6 avril 1736, etc. Isambert *loc. cit.* D'Aguesseau, éd. 1772, IV, 49, 100. Sur la nécessité, pour la validité de la profession, que l'ordre fut reconnu par l'Etat, Le Vayer de Boutigny, *Autor. des rois touchant l'admin. de l'Eglise*, p. 234 : *De l'autor. du roi touch. l'âge nécess. à la prof. relig.*, 1669, 1751. Landry, p. 69, 73.

(1) Innocent IV, *in t. de Privil.*, c. 13, n° 3. Cf. Nov. 5, 5, et 123, 38. — *L. d. droiz*, 1, 24. Bucherellus, *Inst.*, p. 181. *Decis. Cap. tolos.*, Table, v° *Monachus.* Les religieux pouvaient être appelés à témoigner en justice, puisque leur honorabilité était entière. Ord. 1670, 6, 3; représenter leur couvent devant les tribunaux ; avoir un bénéfice ou un pécule. Landry, p. 37. Mais ils ne pouvaient occuper de fonctions publiques. Capitul. VI, 124. etc. Bout., 2, 2. Un Conc. de Nantes, c. 19 (Labbe, IX, 473), interdit aux filles et aux veuves consacrées à Dieu d'assister aux plaids. — Angleterre : avant la conquête normande, la fiction de la mort civile ne semble pas avoir été rigoureusement appliquée.

(2) Il ne pouvait tester. *Lib. de l'Egl. gallic.*, 26. Ord. 1579, 29; 1735, 21 Landry, p. 45.

(3) Richer, p. 677, cite un arrêt de l'Echiq. de Normandie de 1207 ; Brodeau, s. Louet, C, 8, 22, un arrêt de la Cour du roi en 1225 (note de Lizet *religiosa non succedit in regno Franciae, sed bona sua transmittit ad haeredes per ingressum religionis*). Marnier, *Echiq. de Norm.*, p. 116. Glanv., 13, 5, 6. Guillaume d'Auvergne, évêque de Paris, 1128-49, s'indigne de voir les enfants jetés aux monastères, *quemadmodum catuli et porculi quos matres non sufficiunt enutrire* dans le but de les faire mourir civilement (*civiliter moriantur*), c'est-à-dire pour qu'ils soient privés de leur part héréditaire. *Tract. de moribus*, c. 9. P. de F., p. 49. *Gr. Cout.*, 2, 40. *Summa Norm.*, 25, 10. Loysel, 345. Paris, *AC*, 132. Laur. s. 337, Paris. Landry, p. 13. Ils ne pouvaient non plus recevoir de donation. Richer, p. 804. Cf. Loisel, 343 et notes de Laurière. Les ecclésiastiques succèdent à leurs parents, et leurs parents à eux ; ils ont aussi le droit de tester. Ord. 1386. *Stil. Parl.*, 3, 37. D'après l'ancien usage, l'église à laquelle ils étaient attachés succédait au moins aux biens qu'ils avaient acquis depuis leur promotion au sacerdoce. Petrus, I, 26. Buche, *NRH*, 1884, p. 573.

(4) *Capit.*, I, 38, c. 16 (Compiègne) ; 40, c. 21 (Verberie). **X**, 4, 6, 3. Concile de Trente, s. 24, 9. Richer, p. 241. — *Sachsensp.*, I, 25. *Preuss. Landr.*, § 1199.

effets par l'Eglise aussi bien que par l'Etat, au moins en France. Deux raisons surtout expliquent la Coutume française : *a*) dans ce conflit entre les familles et les monastères, elle appliqua le principe de la conservation des biens dans les familles ; comme l'émancipé, le religieux pouvait se trouver exhérédé tacitement par le seul fait qu'il avait la maison paternelle ; en enfermant les puînés dans un cloître, les parents n'avaient souvent d'autre but que de mieux lotir les aînés (1) ; *b*) les incapacités des religieux avaient leur place marquée dans l'ancien système de restrictions à l'encontre des gens de mainmorte ; on redoutait de les voir accaparer tous les biens du royaume (2).

Tout en supprimant les Ordres religieux, la Révolution laissa subsister pendant quelque temps l'incapacité de succéder qui atteignait leurs membres ; mais un décret de la Convention la fit aussi disparaître (3).

(1) L. 24 mai-2 juin 1825, art. 5 : limitation, dans l'intérêt de la famille, du droit de disposer des religieuses appartenant à une communauté autorisée (quart des biens).

(2) *Gr. C.*, 2, 21, p. 258 (riens ne leur eschapperoit). Chasseneuz, s. Bourg, 7, 13 : *semper religiosi ad se traherent omnia temporalia, nec aliquid ab eis haberetur, quia succederent laicis et laici eis non succederent.*

(3) Le D. du 13 fév. 1790 ne reconnaît plus les vœux monastiques ; en conséquence, les ordres religieux étaient supprimés ; les moines étaient libres de quitter leurs couvents, mais ils n'y étaient pas obligés. L'ancienne mort civile se trouvait abolie par ces dispositions. — L'Assemblée législative, les 17 et 18 août 1792, prononça la dissolution des communautés religieuses ; leurs maisons furent évacuées et leurs biens vendus comme biens nationaux ; on voulait « dissiper les restes du fanatisme auquel les ci-devant monastères présentent une trop facile retraite. » « Considérant qu'un Etat vraiment libre ne doit souffrir dans son sein aucune corporation, pas même celles qui, vouées à l'enseignement public, ont bien mérité de la patrie, » l'Assemblée supprime également toutes les corporations religieuses ou laïques, d'hommes ou de femmes, même celles qui étaient vouées exclusivement au service des hôpitaux. Les religieux ainsi expulsés avaient droit à une pension, à condition de prêter le serment civique, si c'étaient des hommes. Le port du costume ecclésiastique était prohibé. Aulard, *La Révol. fr. et les Congrég.*, 1903. La L. 13-19 fév. 1790 ne reconnaît plus de vœux monastiques, et cependant la L. du 20 fév. 1790 déclare que les religieux qui sortiront de leurs maisons demeurent incapables de succéder et ne peuvent recevoir par donations ou testaments que des rentes viagères. Cependant d'ap. la L. 19-26 mars 1790, ils héritent de préférence au fisc. Mais un D. du 18 vend. an II les admet à succéder. D. 5 brum. an II, art. 4 ; 17 niv. an II, art. 3 (rétroactivité jusqu'au 14 juillet 1789). *Code civil interm.*, Table, v° *Religieux*. A tous autres égards ils avaient recouvré la vie civile dès 1790 (ainsi ils pouvaient se marier). Sagnac, p. 252. Sur la dissolution des congrégations, cf. expulsion des jésuites en 1764, Gazier, *Hist.*, 13, 308. Douarche, *La banqueroute du p. Lavalette* (*France judic.*, 1880-81, I, 73).

5. — La **mort civile pénale** de l'Ancien Régime (1) fait songer à la mise hors la loi du droit germanique, à la *capitis deminutio* et à l'infamie du droit romain, à l'excommunication du droit canonique. La *mise hors la loi* (2) entraînait une véritable mort civile dans toute la force du terme, car l'individu qu'elle atteignait perdait ses biens et ses droits de famille (3). Le *forbannissement* des temps carolingiens et féodaux, qui n'en est qu'une forme atténuée (4), fait perdre le droit de comparaître

Couzard, *De edicto Rothom. 1603*, 1900. Voy. aussi le procès des Templiers, Ch.-V. Langlois, *R. Deux-Mondes*, 1891, p. 384.

(1) Bibliographie. — Cf. en général traités de droit criminel, Camus, n°s 1705 et suiv. Ferrière, Guyot, etc., *h. v°*. Pothier, *Pers.*, n° 67 et suiv. Muyart de Vouglans, *Lois crim.*, 2, 4. Britz, 530. Humbert, *Conséq. des condamn. pén.*, 1855. — Savigny, *Tr. de dr. rom.*, II, 199, tr. fr. Kraut, § 49. Stobbe, § 47. Heusler, § 43. Brunner, *Grundz.*, p. 166; *DRG*, II, 585. — Pollock et M., I, 459. — Pertile, § 101. — *Siete Part*, 7, 6.

(2) Ci-dessus, p. 414, t. II. *Sal.*, 56. *Chilp.* Ed. 10, etc.

(3) Cf. formules dans Grimm, 40 : tu seras hors la loi, ta femme sera veuve, tes fils seront orphelins, tes fiefs feront retour au seigneur et tes biens à tes fils, ton corps sera la proie des bêtes, etc. Autant dire qu'on le regardait comme mort, et c'est ce que fait déjà le Capit. *Saxon.*, 797, 10. *Const. Sic.*, 2, 3. Alb. de Rosate, *de stat.*, 4, 14. *Inc. Auct.*, 2, 10, 3 : *finitur (societas) morte naturali vel civili.* — *Outlaw, utlagatus, exlex*, Angleterre. Du Cange, *h. v.* — La terminologie allemande est confuse : *rechtlos* (sans droit); *ehrlos* (sans honneur); *echtlos* (illégitime, sans considération, *privatio legalitatis*). Le *Rechtlos* a un *wergeld* faible et parfois dérisoire; *M. de Saxe*, 3, 45 : une charretée de foin pour le bâtard, l'ombre d'un homme pour le baladin, le reflet d'un bouclier au soleil pour le champion, etc. On se demande s'il perdait son rang social, par exemple la noblesse. — Budde, *Rechtlosigkeit*, 1842. Hillebrand, *Entz. d. bürg. Ehre*, 1844. Gierke, *D. Privatr.*, § 52 (bibl.). Selon ce dernier, l'*Echtlos* ou *elos* se confond avec le *Friedlos*. Le *Rechtlos*, incapable d'ester en justice (*juri stare*), ne peut être juge, témoin, etc., mais conserve ses droits de famille et a un patrimoine; les délits contre lui sont punissables; on est *rechtlos* : 1° en vertu d'un jugement condamnant à une peine corporelle (*Hals und Hand, Haut und Haar*); 2° par suite de l'exercice d'une profession déshonorante; 3° par suite de l'illégitimité de la naissance. On est *ehrlos*, en général, quand on est déclaré tel par un jugement; en pareil cas, on ne peut plus prêter ni être entendu comme témoin ni occuper des fonctions publiques. A la suite de la réception du droit romain, la théorie de l'infamie de droit et de fait bouleversa ces vieilles idées. Sur l'honneur dans chaque classe sociale, cf. *ib.*, I, 422, *Scalbarkeit, Anrüchigkeit, ib.*, et Stobbe, § 47.

(4) Les effets du bannissement ont beaucoup varié suivant les lieux, mais ils ont souvent conservé une grande rigueur jusqu'à une époque relativement récente. Le banni est *omni jure omnique actu legitimo ipso jure privatus*, d'ap. la *Const. pacis* 1235, 10. Il perd ses dignités, ses fiefs, son pouvoir judiciaire; ses biens sont confisqués; il ne peut plus comparaître en justice, comme partie ou comme témoin. *M. de Saxe*, 1, 38, 2; 51, 1. A Milan, en 1216, le premier venu peut s'attaquer impunément à sa personne

en justice, mais ne prive pas du droit de vivre, si l'on peut dire de la sorte (1). Ainsi est-il de l'*excommunication* ; et il y a ceci de particulier, que l'excommunié recouvre ses droits s'il est absous ; les tribunaux séculiers finirent même par ne plus tenir compte de l'exception d'excommunication que l'on opposait aux plaideurs pour éviter de leur répondre (2). C'est à ces usages que se superposèrent les idées romaines sur la *capitis deminutio* et l'infamie (3). Le terme de mort civile devint technique (4), et au-dessous d'elle se plaça l'infamie avec ses deux degrés, infamie de droit et infamie de fait.

La *mort civile* était assimilée en principe à la mort naturelle, sauf sur certains points, où les effets trop rigoureux de la fiction avaient été écartés par des idées d'humanité ou des idées religieuses (5). Ainsi on laissa au mort civil la liberté

et à ses biens. A Rome, en 1425, son meurtrier n'est puni que d'une amende de 20 livres. D'après la loi vénitienne, en 1531, ses plus proches parents eux-mêmes ne peuvent le recevoir sans encourir la peine du bannissement. On discute encore du temps d'Alb. de Rosate sur le maintien de son mariage, *de statutis*, 4, 4; d'après l'opinion commune, il n'y a lieu qu'à la séparation de biens. Les *Jura min. Col.*, 7, permettent à sa femme de le recevoir, mais déclarent que leurs enfants seront illégitimes. Pertile, § 101.

(1) Sur le forban, bandit, *diffidatus*, *forjudicatus*, etc., Du Cange, *h. v°* et *Exterminare*. Cf. Michelet, *Orig.*, p. 398. Ci-dessus, p. 528, t. II. Bord., *AC*, 28 (rôle des morts). Beaum., 34, 32. *C. d'Anjou*, L, 28. Cf. Beaum., 34, 32; 30, 36; 39, 16; 61. P. de F., 13, 6 et suiv. (perte de voix et répons en Cour); 17, 8. *Jost.*, Table, v° *Forb. AC. Bord.*, 27, 42. *Ass. de Jér.*, t. I, p. 114. *TAC. Norm.*, 88 (dévastation). *TAC. Bret.*, 109. *Et. de saint Louis*, I, 28.

(2) Cf. Justice ecclésiastique, t. I. Cérémonial, *Capitul.*, V, 62. Friedberg, § 104 (bibl.). Hinschius. § 261. X, 5, 39, etc. G. Durand, *Spec.*, 4, 4. Lancelot, *Inst.*, 4, 13. Héricourt, E, 22. Mesures prises par le pouvoir séculier pour amener à résipiscence les excommuniés. Capit. 789, 35 (I, 326; II, 214); 6, 142. Ord. 1228, 1269, etc. Corvin, *Jus can.*, 4, 43. Mais d'après le *Gr. C.*, 2, 45 : *non repelluntur ab agendo*. Ord. 3 juill. 1371 (les juges séculiers les forceront à se faire absoudre, mais on ne leur fera pas payer trop cher l'absolution). *TAC. Norm.*, 2, 3. Giraud, *Essai*, II, 31, 93, 121. Desm., 155. *Et. de saint Louis*, I, 127. *L. d. dr.*, 645. Bout., 2, 12. Pollock et M., I, 461. Viollet, *Hist. des inst. polit.*, 1, 380; 2, 269. On a vu que l'excommunication avait été employée pour donner plus de force à des titres (p. 1497. Briegleb, *Gesch. d. Executiv. process*, 1845, p. 132), contre des morts, contre des animaux. D'Adossio, *Bestie delinquenti*, 1892.

(3) Stobbe, 1, 364.

(4) Dès le quatorzième siècle, l'expression *mort civile* était d'usage courant. Gui Pape, q. 547, *de morte civili et naturali*. Cf. ci-contre, n. 3.

(5) Dans le dernier état du droit, la mort civile résulte de la condamnation à la mort naturelle, aux galères à perpétuité et au bannissement perpétuel. Encore faut-il que la condamnation soit contradictoire, car celui qui

d'accomplir les actes sans lesquels la vie lui eût été impossible (s'obliger, acquérir à titre onéreux, ester en justice par un curateur). Ainsi encore, si on le tenait pour incapable de se marier à l'avenir, le mariage qu'il avait contracté avant la condamnation n'était pas dissous, le lien religieux du sacrement ne se trouvait pas atteint, disait-on, par la sentence des juges ; il est vrai qu'il ne produisait plus d'effets civils ; le mort civil perdait la puissance maritale et la puissance paternelle ; le régime de biens entre lui et son conjoint cessait d'exister ; mais, aux yeux de l'Eglise, ce dernier n'en était pas moins marié et ne pouvait contracter une nouvelle union. Les biens du mort civil étaient confisqués (1) ; il ne pouvait les transmettre *ab intestat* ou par testament, ni recueillir de succession, ni recevoir à titre gratuit (sauf pour aliments) (2). La mort civile disparut du Code pénal de 1791, ce qui n'empêcha pas la Révolution de l'édicter contre les émigrés, et en général contre les déportés (3). Elle se retrouve dans le Code civil (4).

Les **infâmes** (5) étaient exclus des fonctions publiques ; ils ne pouvaient être témoins en justice ou dans les actes notariés ; enfin on les tenait aussi pour incapables de tester. L'infamie résultait de plein droit de certaines condamnations pénales (6) (galères à temps, fouet et fleur de lis, pilori, carcan, blâme, amende honorable) (7) ; elle était aussi attachée à l'exercice de

a été condamné par contumace est dans une situation spéciale. Cf. sur cette situation, Pothier, n° 98. Ci-contre. Humbert, p. 193 (validité des contrats du droit des gens).

(1) Cf. Loisel, 839 et suiv. Domat, I, pr. 2. 2, 12. Tanon, *Inquis.*, p. 523.

(2) Sur les lettres de rémission, pardon, rappel, cf. Pothier, n° 105.

(3) D. 28 mars 1793. Cf. D. 17 sept. 1793. Laferrière, *Hist. des principes de la Révolution*, 1850, p. 294. Cf. religionnaires fugitifs depuis la révocation de l'Edit de Nantes.

(4) Abolie par la L. du 31 mai 1854. La confiscation générale avait été abolie par la Charte de 1814, art. 66.

(5) Tacite, *Germ.*, 6. *L. Wisig.*, éd. Zeumer, Table, *h. v° Capitul.*, Table, *h. v°*. Cap. 789, 44 ; 809, 28, etc. *L. long. Car.*, 45, 67. *Siete Part.*, 7, 5 et 6 (sur l'infamie). *M. de Saxe*, 1, 38, 2. Beaum., 39, 42, 63, etc. P. de P., c. 13. *Ass. de Jér., C. des B.*, 151. Bout., 2, 2. Loisel, 835. *Lib. de l'Egl. gall.*, 22. *Tract. univ. jur.*, t. XI. Pertile, 3, 227. Krunt, § 49.

(6) Peines infamantes en usage dans le haut moyen âge. Ci-dessus, p. 529, t. II. U. Robert, *Les signes de l'infamie au moyen âge*, 1889. Tanon, *Hist. des trib. de l'Inquis.*, p. 490. Michelet, 377. — Sur les faillis, les insolvables, ci-dessus, p. 518, 528, t. II. *Arch. stor. lomb.*, mars 1876. Kohler, *Shakesp.*, 50, etc.

(7) Lettres de réhabilitation réintégrant l'infâme dans tous ses droits. Cf. lettres de rappel de ban. Pothier, n° 108 et suiv.

professions honteuses (1) ; mais dans le dernier état du droit, c'est là une infamie de fait, quelque chose comme la *levis nota* romaine (2), dont les effets sont assez mal définis, à la différence de ceux que produit l'infamie de droit (3).

6. — **Lépreux et cagots.** — La redoutable maladie de la lèpre a été connue de tout temps en Europe ; mais, à la suite des Croisades, elle prit un caractère épidémique et sévit avec une intensité telle que ceux qui en étaient atteints constituèrent une classe de parias (4). L'Eglise et l'Etat durent emprunter à

(1) Les professions déshonorantes sont d'ordinaire les suivantes : usuriers (Const. de Catalogne, I, 154 ; Peguera, *Decis.*, 1613, t. 31, n° 1 ; Stobbe, 1, 359; *TAC. Norm.*, 49) ; tenenrs de maisons de jeu et joueurs de profession (*Const. Sic.*, 3, 90 : Delamare, *Police*, 3, 2, 4) ; femmes de mauvaise vie et *lenones* ou souteneurs (Régl. de 1380 pour Perpignan ; *Siete Part.*, 7, 22 ; *C. d'Anjou*, F, 559 ; Delamare, *Police*, 3, 3, 5 ; Muyart de Vouglans, *Loix crim.*, 3, 4) ; *baratieri, ribaldi*, ribauds (Du Cange, *h. v° : Siete Part.*, 7, 16, 9 ; Pertile, 3, 229 ; le chef ou roi des ribauds a un pouvoir disciplinaire sur les femmes publiques en divers lieux : *Siete Parte, loc. cit.*) ; bourreau (il est pris souvent parmi les malfaiteurs ou les ribauds. Pertile, 3, 230. Caldero, *Decis Cathal.*, 1726, I, 156) ; champions dans les duels judiciaires (*M. de Saxe*, 1, 37) ; historiens, baladins ou comédiens (*M. de Saxe, ib.* Guyot, *h. v°*). Ces *personae turpes* par lesquelles on faisait figurer souvent les bâtards, les enfants de prêtres (*in VI°*, t. 11 ; Pertile, 3, 230) ne pouvaient ni accuser ni témoigner en justice, etc. Cf. *Capit*, VI, 362, et *add.* III, 88. *Siete Part.*, 7, 6. A Perpignan, les Juifs sont groupés au Call, les joueurs à la Tafurerie, les femmes publiques au Partit, le bourreau et ses aides à l'Escarcellerie, les gens sans aveu dans certaines ruelles borgnes. Desplanques, *Les infâmes dans l'anc. dr. roussillon.*, 1893.

(2) Cf. notre certificat de bonne vie et mœurs. Argou, 1, 25. *Dec. Capell. tolos.*, q. 174.

(3) Sur les magiciens, sorciers, etc., cf. ci-dessus, p. 419, t. II. Les lois barbares distinguent les maléfices (philtres, breuvages magiques, etc.) et le vampirisme (la *strix*, *masca*, *lamia*, dévore et dessèche les hommes, *intrinsecùs comedit* ; festin de stryges ou sabbat). Détails dans Hansen, *op. cit.* Il y eut une véritable épidémie de sorcellerie au quatorzième et au quinzième siècle ; quand les Albigeois eurent disparu, on persécuta les sorciers. Cf. **X**, 5, 21. Lancelot, *Inst.*, 4, 5. *Siete Part.*, 7, 24. Brillon, v° *Démon*. Delamare, *Police*, 3, 7, 4. Ferrière, v° *Sortilège*. Funck-Brentano, *Le drame des poisons*, 1900, 4e éd. Sur l'envoûtement, cf. procès de Robert d'Artois, de Guichard, év. de Troyes. — *Tract. univ. jur.*, t. XII. — Pollock et M., 2, 544.

(4) Bibliographie. — Ragueau, vis *Ladres, Cagots*. Brillon, vis *Lèpre, Léproserie*. G. Forget, *Personnes, choses ecclés.*, 1611, c. 22. Delamare, *Police*, II, 527, 3e éd. Isambert, Table, *h. v°* et *Hôpitaux*. — Britz, p. 510. — Buvignier, *Les maladreries de Verdun*, 1862. Guillouard, *Cond. des lépreux*, 1875. Quantin, *Bull. Comité trav. hist.*, 1884, 292. Molard, *Cap. civ. des lépreux* (*Soc. hist. Yonne*, 1888). Lefranc, *Régl. de lépros.*, 1889 (*Soc. Saint-Quentin*). Merlet, *Stat. de la lépr. du Gr.-Beaulieu*, 1896. Froger, *R. q. hist.*, 1899, 407. Léon Le Grand, *Statuts d'hôtels-Dieu*, 1901. *Mélusine*,

la législation mosaïque (1) ses rigoureuses mesures d'isolement à l'effet de prévenir toute contagion. Les misérables, *mesels* ou *meseaux* (2), atteints du mal de saint Lazare ou saint Ladre (3) et appelés *ladres* comme lui, furent mis à l'écart du reste de la société (5), enfermés dans les lazarets ou maladreries (4) ou contraints à demeurer dans une habitation séparée, tenus de porter des vêtements de couleur apparente (6) et d'agiter une cliquette ou crécelle pour avertir de leur approche. En certains lieux, après avoir constaté la lèpre (7), on célébrait sur eux une messe de *requiem* (8). Ils étaient *morts quant au*

1898, 32 (Lehugeur). Ernouf, *France jud.*, 1881, 184. — Beaune, *Pers.*, p. 321. Viollet, 376. Glasson, 7, 74 (bibl.); 2, 600. Héry, *Léproseries*, Thèse, 1896. Pollok et M., I, 463. Stobbe, 1, 306. Pertile, 3, 259. — U. Chevalier, *Maladr. de Voley*, 1070.

(1) Lévit., XIII et suiv.

(2) De *misellus*, dérivé de miser. Loisel, 419 (porcs meseaux). Ragueau, v° *Langeieur*. C. de Tonneins, art. 15 et 16

(3) Cf. parabole du mauvais riche, Luc, XVI. Jean, XI.

(4) Ils ne peuvent pas témoigner en justice ni s'y présenter en personne. Beaum., 39, 33; 63, 10.

(5) Quoique la lèpre fût envisagée comme un châtiment céleste, encore plus que les autres maladies (Marie, sœur de Moïse; Giezi, serviteur d'Elisée), l'Eglise et la société cherchèrent à adoucir le sort de ses victimes, accordant ainsi des circonstances atténuantes à ceux que Dieu avait frappés sans rémission : hospices spéciaux, aumônes, ordre de Saint-Lazare (dont le maître devait être un lépreux). *Olim*, Table, v° *Lepros.* Obligation pour les évêques de nourrir les lépreux de leurs diocèses. Conc. Orl. 549, c. 21; Lyon, 583, etc.; dans la suite, la charge passe aux paroisse, aux communes, Roisin, 234, 247. Lille, 22. Isambert, V, 367.

(6) U. Robert, *Les signes d'infamie au moyen âge*, 1889.

(7) Les officialités furent chargées pendant longtemps de se prononcer sur l'existence de la lèpre. *Reg. de l'off. de Cerisy*, n° 9, 25 a, etc. Cf. Lévit., *l. c.*

(8) Statuts synodaux du diocèse de Troyes, 1430 (cérémonial) : Le prêtre célèbre la messe à laquelle le lépreux assiste, séparé des autres fidèles et le visage couvert comme s'il était mort. A la sortie de l'église, le prêtre prend avec une pelle de la terre du cimetière et la met sur la tête du lépreux en disant : mon ami, c'est signe que tu es mort au monde. Puis il le conduit à sa demeure en procession, et sur le seuil lui dit : Ami, tu sais et il est vrai que le maître de la maladrerie de Troyes, par ses lettres, t'a dénoncé ladre, pourquoi je défends que tu ne trépasse ni offense ès articles ci-après : tu n'entreras en maison nulle que en ta borde, ni en moulin; en puits ni en fontaine tu ne regarderas; tu ne mangeras que tout pour toi; que tu ne boives dans autre vaisseau que le tien; que tu aies ton puits devant ta borde; tu n'entreras plus en nul jugement; tu n'entreras plus à l'église quand on fera le service; quand tu parleras à quelqu'un, va au-dessous du vent; quand tu demanderas l'aumône, sonne de ta tartarelle; que tu n'ailles pas loin de ta borde sans avoir vêtu ta housse; que tu ne passes pont ni planche sans

siècle (1). On n'appliqua pas toujours et partout avec la même rigueur cette idée de mort civile. Anciennement, leur mariage était dissous (2); mais les Décrétales de Grégoire IV ont rompu avec cette vieille règle et les considèrent comme capables de se marier (3). Leurs dignités et leurs biens cessaient de leur appartenir (4); ils ne vivaient que d'aumônes et devenaient incapables d'acquérir, par conséquent incapables de succéder à leurs parents (5); leur succession s'ouvrait d'ordinaire au profit de leurs héritiers; cependant quelques Coutumes leur permettent de disposer d'une partie de leurs biens par voie de testament (6). Cette législation tomba en désuétude lorsque la lèpre devint rare, vers la fin du quinzième siècle.

Le mal sembla persister pourtant en certains lieux sous une forme bénigne, la *leucé* ou lèpre blanche (7). Ceux qui en étaient atteints, ceux qui étaient suspects de lèpre à cause de certains symptômes équivoques ou parce qu'ils passaient pour appartenir à des familles de lépreux (8), restèrent jusqu'à la fin du dix-septième siècle (9) sous le coup d'incapacités du même genre

avoir mis tes gants; que tu n'ailles nulle part d'où tu ne puisses retourner pour coucher le soir dans ta borde sans la permission de ton curé ou de Mgr l'official, Ragueau, v° *Service*.

(1) *Roth.*, 176 : *Si quis leprosus affectus fuerit et cognitum fuerit judici rei veritas, et expulsus foris a civitate aut casam suam, ita ut solus inhabitet, non sit ei licentia res suas alienare aut thingare cuilibet personae; quia in eadem diae quando a domo expulsus est, tanquam mortuus habetur. Tamen dum advixerit, de rebus quas reliquerit pro mercedis intuitu nutriatur.* Capit, 789, 36. Statuts italiens. Cout. d'Aoste, 6. Giraud, *Essai*, II, 222 (Arles, 96), 251. *Jost*, p. 196. Beaum., 56. Hainaut, 135. *Summa Norm.*, 5, 10. *Rhdr.*, 1857, 559. *F. de Béarn*, 55. *C. d'Anjou*, éd. B.-B., A, 78; F, 835.

(2) Cap. 757, 19 (I, 39). Ci-dessus, p. 67, t. II. *Ass. de Jér*, *Livre au roi*, 42. F. de Morlaas, 357.

(3) **X**, 4, 8. Bout., 2, 8. *Siete Part.*, IV, 2, 7, 17.

(4) *Auct. vet. de benef.*, 1, 81 (perte des fiefs). *Secùs*, *Livre au roi*, 42. — Osias, roi de Juda.

(5) *Summa Norm.*, 25, 10.

(6) Beaum., 56, 2.

(7) F. Michel, *Hist. des races maudites*. 1834, De Rochas, *Les parias de France*, 1876. Hovelacque et Vinson, *Et. de linguist.*, p. 210. *Revue des Deux-Mondes*, 1878, 426. Lagrèze, *Navarre*, I, 49. Cadier, *Gr. Encycl.*, *h. v°*.

(8) On leur imputait des vices, des défauts physiques (haleine fétide, mauvaise odeur, oreilles sans lobe, sur la langue petits grains semblables à ceux qui distinguent les porcs ladres, la *carn milhargousa*). On constata, au dix-septième siècle, que ces préjugés n'avaient aucun fondement.

(9) Réformes : Parl. de Rennes, en 1681 (sur l'initiative d'Hévin); Décl. de 1683 (Béarn). Dans la Navarre espagnole, égalité proclamée depuis le début du seizième siècle; cependant, pour certaines fonctions, on exige

que celles dont il vient d'être question, vestiges de l'ancienne condition des lépreux (1). On les désignait dans les Pyrénées sous le nom de **cagots** (2), en Bretagne sous celui de *cacoux* ou *caqueux*, mots qui semblaient synonymes de lépreux.

§ 3. — *Personnes morales* (3).

1. — **Corps politiques.** — Le droit romain auquel notre législation (4) doit la notion d'être collectif (5), envisageait comme

longtemps la *limpieza di sangre*, la preuve qu'on ne descend ni d'un Maure, ni d'un Juif, ni d'un cagot, ni d'un hérétique.

(1) Habitation séparée, obligation de porter sur leur vêtement un morceau de drap rouge taillé en patte d'oie ou de canard, place à part à l'église et au cimetière, défense d'entrer dans les moulins, de boire aux fontaines, exclusion des fonctions publiques, exemption des tailles, ils ne témoignent en justice que par exception, ils ne peuvent se marier qu'entre eux, etc. *F. de Béarn*, 65.

(2) *Cagot*, mot béarnais, d'origine inconnue ; l'ancienne explication, *canis Gothus*, est peu vraisemblable; on a proposé le breton *cacodd*, lépreux, mais la Bretagne est bien loin du Béarn. Autres dénominations : *gafet* ou *gahet*, de *gaf*, croc, parce que la lèpre rend les mains crochues? *capot*, de la chape ou cape qu'ils portaient; *chrestias*, pauvres du Christ, *ladre*, ci-contre. Dans les *Siete Partidas*, le *gafo* est un lépreux. Lespy, *Dict. béarn.*, v° *Cagot*.

(3) Bibliographie. — Sur les Romanistes et les Canonistes, cf. Gierke, t. 3. J. Faure, *Inst.*, § *Universitatis*. Losaeus, *De jure universitatum*, 1607. Gui Pape, q. 106, 454, 631. Domat, *Dr. public*, 1, 15 ; *Loix civiles*, I, prel., 2, 3, 15 ; l. 2, t. 3. Pothier, *Personnes*, n° 200. Brillon, Ferrière, Guyot, etc., v° *Corps*, *Communaulés*, *Mainmorte*, etc. Britz, 519.

Vauthier, *Et s. les pers. morales*, 1887. Mestre, *Les pers. morales et le problème de leur responsabilité pénale*, Thèse, 1899 (bibl.) ; *Rdr. public*, 1902. Michoud, *Rdr. public*, 1899, janv.-avr. Traités de droit administratif, not. Hauriou, 5e éd., p. 85, 88 ; Berthélemy, p. 38. Viollet, 754, etc.; *Hist. des inst.*, I, 136, 140; II, 369; III, 144; table, v° *Biens d'Eglise*. Glasson, 3, 644; 5, 1 et 213. Capitant, *Introd. au dr. civil*, p. 137. Baudry et Houques-Fourcade, *Personnes*, t. 1. Thèses citées ci-après.

Savigny, *Traité de dr. rom.*, t. 2, tr. fr. Windscheid, *Pandekt.*, § 49 Stobbe, § 49 (bibl.). Heusler, § 54. Huber, § 122. Gierke, *Deutsch. Genossenschaftsrecht*, 1868-73-81 ; *Genossenschaftstheorie*, 1887 ; *Deutsch. Privatr.*, 1895, t. 1. Knittel, *Gesch. d. deutsch. Genossensch.*, 1895. — Pollock et M., I, 469. Maitland, *Corpor. sole* (*Law Quart. Rev.*, 1900, XVI, 355). — Pertile, § 106. Salvioli, p. 301. Ciccaglione, *Man. d. stor. d. dir. ital.*, I, 357. Ruffini, *Classific. d. pers. giurid.*, 1898 (extrait des *Stud. giur.* dédiées à Fr. Schupfer). *Digest. ital.*, v° *Persone morali*

(4) Sur la classification des personnes morales, cf. Savigny, § 86 (nécessaires et volontaires). Analogies dans l'*Apparatus* (sur les Décrétales) d'Innocent IV. Ruffini, *op. cit.* — Division en Corporations et Fondations ; Avril, Thèse, p. 10. Ci-après, p. 964. t. II. — Les civilistes opposent les sociétés (commerciales ou civiles, constituées exclusivement dans un but lucratif

des personnes les cités, les collèges et les corporations (*personae vice funguntur*) (1). Comme les personnes réelles, en effet, ces personnes fictives (2) (avaient des biens, des droits qu'elles faisaient valoir par l'intermédiaire de représentants (puisqu'elles ne pouvaient pas agir elles-mêmes). La personnalité de l'Etat semble hors de doute, quoique son rôle politique fît oublier son rôle privé ; de très bonne heure on lui voit des biens, des droits de créance, ses magistrats agissent en son nom (par exemple acquisition des successions) (3). Autour de lui, cités et collèges s'organisent en groupements homologues.

aux associations qui ne poursuivent pas seulement l'enrichissement de leurs membres. Cf. ci-après, p. 965, t. II. — Les auteurs de droit public séparent les personnes publiques, comme l'Etat, les communes, les établissements publics (ou services détachés de l'Etat pour vivre d'une vie propre, par exemple l'Institut, les Universités, les Facultés, etc.) et les personnes privées (sociétés charitables, scientifiques, congrégations religieuses, syndicats professionnels, cf. Cézar-Bru, 1891, et en général tous établissements d'utilité publique). Cette distinction est inconnue de l'Ancien Régime où les corps et communautés forment un ensemble de personnes à la fois publiques et privées, soumises à un régime similaire; inconnue de la Révolution qui fait des établissements publics, c'est-à-dire des administrations spéciales, de ceux qu'elle laisse subsister; ce n'est qu'au dix-neuvième siècle que les établissements d'utilité publique reparaissent, en se détachant de l'administration et en acquérant une certaine autonomie qui les rapproche des corps et communautés d'autrefois.

(5 *de la page précédente.*) Girard, *Man. d. dr. rom.*, 3e éd., p. 232. Vauthier, p. 8. Gierke, *op. cit.*, III, 246 (Innocent IV); 354 (Bartole).

(1) *Sodalitales, corpora, collegia* (p. ex. collèges de prêtres, collèges funéraires). Dig., 50, 16, 16; 46, 22; 3, 4, 1. La personnalité des plus anciennes paraît s'expliquer par leur caractère familial (plutôt que par la personnalité du dieu auquel elles se rattachent et qui était censé propriétaire de leurs biens). Sous la République et sous l'Empire, l'autorisation de l'Etat devint indispensable pour la formation de ces associations, sans doute parce qu'elles dégénéraient en clubs politiques. En fait, il y en eut toujours sans doute qui étaient simplement tolérées. Epinay, Thèse, p. 35. — Les *sociétés* différaient des associations : 1° par leur but lucratif, tandis que le but des associations était désintéressé; 2° par leur durée limitée (*morte socii solvitur societas*); 3° par leur manque de personnalité civile (cf. cep. *consortium primitif*); 4° par l'absence d'autorisation de l'Etat. Cependant il y avait une catégorie de sociétés qui, par exception, étaient investies de la personnalité, peut-être afin de pouvoir accomplir plus aisément le service public dont elles étaient chargées, c'étaient les sociétés de publicains qui prenaient à ferme la perception des revenus de l'Etat, qui soumissionnaient les travaux publics. Girard, p. 532. Kniep, *Soc. public.*, 1896.

(2) L'assimilation à des personnes n'a lieu que *mutatis mutandis*. Ainsi les êtres collectifs ne se marient pas, n'ont pas de droits de famille ; mais ils ont un patrimoine.

(3) Vauthier, 54. Pernice, *Labeo*, I, 263. Stobbe, I, 382. Saleilles, *NRH*, 1888, 497 (domaine public à Rome).

La constitution de l'**Eglise** chrétienne eut pour résultat d'établir en face du système politique, de l'Etat et de ses annexes, un système religieux correspondant, composé de l'Eglise et de ses établissements. Détachée de l'Etat par ses origines, la religion chrétienne obtint la personnalité pour ses communautés, ses diocèses, ses monastères, ses institutions de bienfaisance, ses œuvres pies. Elle donna au développement corporatif une impulsion énergique et réussit à faire prévaloir, au moins dans sa sphère, un principe de liberté inconnu jusque-là. Ses personnes morales se modelèrent sur le type romain. La symétrie eût été complète, si l'Eglise universelle avait formé, au point de vue juridique, ce qu'elle était au point de vue religieux, un corps unique (1); la tendance en ce sens n'a pas manqué de se produire ; on a vu de quelle façon et jusqu'à quel point elle s'est réalisée. Mais pendant longtemps il n'y eut à considérer dans l'Eglise que le diocèse (2); chaque diocèse, c'est-à-dire chaque église, a son patrimoine (3) ; celui-ci n'appartient ni aux ecclésiastiques individuellement, ni à l'évêque leur chef (4) ; il appartient à un être moral qui est l'Eglise et il est affecté aux fins d'ordre supérieur en vue desquelles celle-ci est constituée ; c'est la fortune des pauvres, la dotation du clergé et du culte. Cette conception se transmit au moyen âge et ne cessa jamais d'être vraie en théorie : mais en fait on s'en écarta souvent. Ainsi le régime des bénéfices fit considérer les biens de l'Eglise comme appartenant, dans une certaine mesure, au clergé et aux moines. Leurs droits n'étant que viagers, les canonistes n'en maintinrent pas moins la vieille doctrine qui définissait les biens de l'Eglise et en tenant compte de leur origine et de leur destination , *les vœux des fidèles, le prix des péchés, le patrimoine des pauvres*. Chose plus grave, l'autorité civile se substitua

(1) Du moins en droit privé. Sur le droit public ecclésiastique, cf. ci-dessus, p. 603. Paul, *ad Cor.*, I, 12, 12. L'Eglise est le corps mystique du Christ.

(2) Cf. Paroisses, t. I. Imbart la Tour, *Par. rurales*, 1900. Ruffini, *Rappresent. giurid. d. parrochie*, 1896.

(3) Lœning, *D. Kirchenr.*, I, 221. Gierke, II, 903. Boudroit, *De capac. possid. Ecclesiae*, 1900. Hübler, *Der Eigenthümer des Kirchenguts*, 1868.

(4) Cf. mense épiscopale, curiale. *Corporation sole* du droit anglais : fonction ecclésiastique personnifiée distincte du titulaire. Blackstone, I, 10. Le roi et la couronne constituent une *corporation sole* laïque. Pollock et M., *op. cit.*

souvent au clergé dans la gestion de ses biens ; sans remonter aux temps féodaux, aux avoueries, aux dîmes inféodées, on vit, à l'époque monarchique, les œuvres de charité passer de plus en plus au pouvoir séculier, et il en fut de même pour le budget extérieur du culte (*fabriques*) (1). En supprimant le clergé comme corps, en transformant les biens de l'Eglise en biens nationaux (2), en prenant à sa charge l'entretien du clergé et les frais du culte, la Révolution ne fit rien qui ne fut dans la logique du droit public de l'Ancien Régime ; elle agit surtout sous le coup de la nécessité, afin de combler le déficit et d'éviter la banqueroute à laquelle l'Etat était acculé ; mais d'autres considérations se mêlèrent à ces raisons d'ordre financier : la conscience du mal qu'il y avait à laisser hors du commerce, peu productifs, la masse considérable des biens de mainmorte ; la crainte de voir l'Eglise profiter de sa situation de très grand propriétaire foncier pour dominer l'Etat, enfin la pensée que le culte rentrait dans les grands services publics et que son administration devrait se rattacher à celle de l'Etat (3).

(1) Les établissements ecclésiastiques de l'Ancien Régime supprimés par la Révolution ont reparu à la suite du Concordat et des Articles organiques : fabrique, menses épiscopale, curiale, capitulaire, séminaires. Hennequin, *Essai hist. s. les fabriques* (*Journ. des Cons. de fabr.*, 1834, I, 8). Ladrat, *R. gén. d'adm.*, sept. 1890.

(2) Sur la sécularisation des biens ecclésiastques, *Add.* Sagnac, *Législ. civ. de la Révol.*, p. 155. — Les principes de l'Ancien Régime sur ce point ont été relevés. Cf. Les biens de l'Eglise, t. I. Gérin, *Rech. hist. s. l'Ass. du clergé de 1682*, 1869, p. 87, cite une allocution de Pussort devant l'assemblée du clergé de 1690 : en un pressant besoin le roi est le maître du bien de tous ses sujets et *principalement du bien des ecclésiastiques*. Le Vayer, *Autor. légit. des rois*, p. 323. Et. Mignot, *Dr. de l'Etat sur les biens possédés par le clergé*, 1755 (Cerfvol), *Dr. du souverain s. les biens-fonds du clergé et des moines*, 1770. Cf. Champion, *Cahiers de 1789* (*Révolution française*, 14 juin 1894). *R. d. Deux-Mondes*, 1886, 850 (P. Leroy-Beaulieu). Bourgain, *Biens ecclés. av. la Révol.*, 1891. Burée, *Propr. de l'Eglise*, 1898. Le Carpentier, *Rhist.*, 1901, 71. Léouzon-Leduc, *Journ. des Econom*, août 1881. — Ficker, *Eigenth. d. Reichs an Kirchengut* (*Akad. Wien.*, 72, 77). *Dig. ital.*, v° *Asse eccles.* — Furgeot, *Rqhist.*, 29, 428 (sous Charles IX). Marion, *Machault d'Arnouville*, 1891. — Cf. sécularisations à la suite de la Réforme, par exemple Stouff, *Le pouvoir temporel et le régime municipal dans l'évêché de Bâle*, I, 235. — *Add.* P. Dubois, *De recup. Terr. sanct.*, 16, 30; 25, 42, etc.

(3) Les tendances modernes vers la séparation de l'Eglise et de l'Etat s'affirment seulement par la L. du 3 vent. an III qui proclame la liberté des cultes ; c'est à la faveur de cette loi que le culte catholique reparut ; il fut restauré officiellement sous le Consulat, mais sans devenir une religion d'Etat. A partir de cette époque, notre droit distingue les cultes non re-

La tradition romaine, en matière de personnalité civile, persista donc dans le système religieux de l'Ancien Régime ; elle eut plus de peine à se maintenir dans le système politique parallèle. L'**Etat** s'incarna d'abord dans la personne du roi, ce qui fait qu'il n'y avait point à rechercher s'il constituait une personne morale. Biens et droits de l'Etat étaient envisagés comme la propriété personnelle du roi à l'époque franque aussi bien qu'à l'époque féodale. Mais le droit monarchique a beaucoup fait pour distinguer la personne du roi de celle de l'Etat ; c'est ainsi que le domaine de la couronne tend à se séparer du domaine privé et personnel du prince. Il a ainsi préparé les voies à la Révolution, à qui il était réservé de dépouiller les fonctions publiques de tout caractère patrimonial (1).

En ce qui concerne les **villes** et **communautés d'habitants** (2), leur personnalité civile ne se dégagea pas toujours aussi aisément qu'on pourrait le croire (3). Tout en opposant la communauté à ses membres, on se demandait si chacun de ceux-ci n'avait pas un droit individuel à la réparation des dommages causés à la communauté si les obligations incombant à la communauté ne devaient pas être exécutés sur les biens

connus par l'Etat (soumie aux lois générales sur les associations, les réunions, etc.) et les cultes reconnus : le catholicisme (Concordat du 26 messidor an IX et *Articles organiques* du 18 germinal an X, acte unilatéral de la France que l'Eglise subit plutôt qu'elle ne l'accepte, Hébrard, *Articles org.*, 1870), le luthéranisme et le calvinisme (réorganisés par voie d'autorité dans ces mêmes Articles), le culte israélite (D. 30 mai 1806; 17 mars 1808). Gazier, *Et. s. l'hist. relig. de la Révol.*, 1887. Aulard, *Le culte de la Raison*, 1892. — Sur le Concordat, outre le *Discours* de Portalis, cf. Boulay de la Meurthe, *Doc. s. la nègoc. du Concordat*, 1891. Séché, *Orig. du Conc.*, 1894. Card. Mathieu, *Le Concordat*, 1903.

(1) Tacite, *Germ.*, 10, 12. Allemagne : au treizième siècle, on oppose le *Hausgut* au *Reichsgut*. Heusler, § 63. Stobbe, I, 382, 392 (en 1125, les biens des proscrits sont plutôt *regiminis dicioni quam regis proprietati*). Gierke, II, 527; III, 62, 117. Vauthier, 304. Pollock et M., I, 495, 509. Viollet, *Inst.*, II, 250. Monteil, *Doman. publique*, Thèse, 1902. — Choppin, *Dom.*, 1, 6. Domat, *Loix civ.*, l. prél., 3, 1. Loyseau, *Seigneuries*, I, 23; II, et suiv. — Sur la L. du 22 nov.-1er déc. 1790, cf. Monteil, p. 159.

(2) Beaum., 4, 32; 43, 42. *Gr. C.*, p. 389 : *habitantes nomine habitantium alicujus loci non habentes corpus nec communitatem, non possunt aliquid ordinare, nec procurare in judicio, nec constituere procuratorem sine consensu domini, et si constituerent de consensu domini requiritur quod major et sanior pars consentiat, alias non valeret. In aliis autem corpus et communitatem habentibus, secùs.* Cf. Villes et villages, t. I.

(3) Gierke, III, 730. Pertile, 3, 268. Ci-après, délits des communautés.

de chacun de ses membres (1); on hésita pour savoir qui représenterait la communauté en justice, qui prêterait serment pour elle. La Révolution, en prescrivant le partage des biens communaux entre les habitants (2), eut l'air de ne voir là qu'un simple cas d'indivision (3). Elle témoigna par là de sa répugnance pour la propriété corporative : biens de l'Etat et biens du clergé étaient vendus comme biens nationaux; biens communaux devaient disparaître également par la voie du partage.

2. — **Corporations (4) (corps et communautés, gens de mainmorte).** — Les communautés familiales (5), le type pri-

(1) Cf. L. 10 vendém. an IV (responsabillté des communes a raison des attentats commis sur leur territoire).

(2) Bertrand, *Dr. d'affouage*, Thèse, 1900. Stobbe, I, 446 : *portionem lignorum quam vocant wara in silva*, acte de 1160.

(3) Les riches achetèrent à vil prix la part des pauvres. Taine, *Révolution*, III, 476. Sagnac, p. 151, 177 (analyse du dr. révolut.). *Code civ. interméd.*, Table, v° *Communaux*. Sur les biens des paroisses et des communautés, cf. t. I. Merlet, *Ass. de commun. d'habitants dans le comté de Dunois*, 1880.

(4) Du Cange, v° *Corporatio* : terme usité par les juristes anglais, cf. Rastall. Les anciens auteurs français disent *corps et communauté, gens de mainmorte*. Dans une terminologie très répandue aujourd'hui, on les qualifie d'*universitates personarum* par opposition aux *universitates rerum* ou fondations, dont il n'est pas toujours aisé de les distinguer. Stobbe, 1, 384.

(5) Sur les origines et les diverses sortes de personnes morales d'après les auteurs allemands, cf. Stobbe, I, 404 (bibl.), 443. Sohm, *Deutche Genossenschaft*, 1889. Heusler, § 50 et suiv. Gierke, *D. Privatr.*, § 58 et suiv. D'après ce dernier, l'ancien droit germanique aurait connu des associations libres (*Sippe, Gaugenossenschaft, Gemeinde*, etc.), et des groupements seigneuriaux (compagnonnage, vassalité, etc.). Mais sous l'influence du droit romain, l'absolutisme s'introduisit dans le droit public et l'individualisme dans le droit privé, on tendit à restreindre le nombre des personnes morales, à rattacher les unes à l'Etat et à anéantir les autres; la théorie de la *personnalité fictive* serait issue de ces tendances. Selon Gierke, qui prétend se rattacher à l'ancienne conception germanique, la personne collective, *Verbandsperson*, est aussi réelle que la personne physique, que l'individu. Il oppose, à peu près en ces termes, la *Genossenschaft* allemande à l'*Universitas* romaine. Dans cette dernière, l'individu disparaît absorbé par le tout; la communauté est sacrifiée à l'unité; cette absorption ne se produit pas dans la corporation germanique; elle peut se manifester dans les droits collectifs des membres; cette pluralité de droits qui se développe aux dépens du droit unitaire fait ressembler la corporation allemande à une indivision (*communio*). Mais l'indivision allemande, la *Gemeinschaft*, grâce au principe de la *gesammte Hand* qui y établit une certaine unité, se rapproche de la *Körperschaft*, de sorte que l'abîme qui sépare en droit romain la *communio* de l'*universitas* se trouve comblé, en droit germani-

mitif des personnes civiles, se formaient de façon spontanée et en quelque sorte organique, même sous le régime d'Etat ; il n'était question pour elle ni d'autorisation, ni de contrôle. Mais les pouvoirs publics ne se désintéressèrent point aussi aisément de l'établissement d'associations qui n'avaient pas ce caractère. Ils supprimèrent celles qui leur parurent suspectes ; ainsi les Carolingiens interdisent les Gildes. En ce sens, il est exact de dire qu'aucune association ne pouvait se former sans l'assentiment, au moins tacite, de l'Etat. Mais cette formule n'est pleinement exacte que dans le droit nouveau ; anciennement, la plus grande latitude était laissée, en particulier, aux communautés religieuses (1) ; ce n'est guère que du côté de l'Eglise qu'elles risquaient de trouver des obstacles. Les communautés rurales s'établissaient aussi assez facilement, les unes existant peut-être de temps immémorial, les autres plus récentes, ayant l'assentiment tacite du seigneur (2) ; la même latitude fut laissée sans doute, dès les premiers temps du

que, par des types intermédiaires. Sans vouloir nous prononcer sur la valeur de cette théorie, qu'il faille y voir le résultat d'une analyse incomplète ou un aperçu génial, constatons qu'elle semble d'accord avec les conceptions courantes au moyen âge ; la corporation y est à la fois indivision et personne morale ; ceux qui en font partie y ont des avantages personnels, par exemple en étant associés à la jouissance du patrimoine commun. Dans le droit moderne, Gierke distingue trois sortes de *Verbandspersonen* (personnes morales), sans compter l'Etat (*fiscus*) : A° les corporations (*Körperschaften*) ; B° les communes : *Markgemeinde*, *Gemeinde* actuelle (*allmends*), associations agraires ; 2° les *Genossenschaften publiques* comme les groupements religieux, les corps de métiers, etc., et *privées*, telles que les familles de la haute noblesse, les associations d'ordre économique, etc. B° les établissements ou fondations : 1° *Anstalten* (établissements publics) ; 2° *Stiftungen* (fondations privées). A la *Verbandsperson* il oppose la *personenrechtliche Gemeinschaft*, tantôt *zur gesammten Hand* (à mains unies), par exemple les communautés entre frères après la mort du père, les *Ganerbschaften*, etc., tantôt établies par l'autorité.

(1) Au moyen âge, le mot *Universitas* désigne un groupement, une collectivité quelconque, commune, association, université. Les Glossateurs ne se font pas une idée nette de la personnalité morale, témoin leur définition de l'*Universitas* : *nihil aliud est nisi singuli homines qui ibi sunt*, ce qui était difficile à concilier avec la maxime : *quod universitatis est non est singulorum* ou avec cette autre : *universi consentire non possunt*. Cf. Mestre, p. 46 et s. Les Canonistes appliquèrent les premiers, d'une façon courante, la qualification de personnes aux collectivités. Innocent IV, dans son *Apparatus* sur les Décrétales, 5, 52, 1, et 2, 14, 2. Après eux, les post-glossateurs et en particulier Bartole développent la théorie de la personnalité juridique.

(2) Communes, consulats, ci-dessus, cf. t. I.

moyen âge, aux corps de métiers (1). A ce moment, ces collectivités ecclésiastiques ou séculières remplissent le rôle dévolu aujourd'hui à l'Etat (2); il n'est pas surprenant que l'Etat, en développant le cercle de ses attributions, n'y ait fait rentrer le domaine qu'elles occupaient ; l'autorisation préalable, la tutelle administrative sous la monarchie préparèrent l'absorption de ces corps par l'Etat et leur conversion en organes administratifs (3).

Le régime de liberté, sous lequel les gens de mainmorte se multiplièrent beaucoup aux temps barbares et féodaux, fit place avec l'époque monarchique à un système fort restrictif ; Loisel, 400, le résume dans cette règle : *L'on ne se peut assembler pour faire corps et communauté sans congé et lettres du roi* (4).

(1) Sur les sociétés commerciales, cf. Saleilles, *Hist. des sociétés en commandite*, dans les *Ann. de dr. comm.*, 1895. Ci-dessus, p. 510, t. II. Les Italiens, Straccha, Scaccia, etc., reconnaissaient aux sociétés de commerce une personnalité fictive. Cf. sur ce point, discussions, Lyon-Caen, *Acad. sc. mor.*, 1900, 471. Négulesco, Thèse, 1900. Avril, p. 12. Meynial, *Sir.*, 1892, I, 497. Stobbe, I, 389. Les grandes compagnies de commerce constituaient de vrais établissements publics. *Encycl., h. v°.*

(2) Ce caractère est relevé par Bodin, 3, 7 : *Tous corps et colléges sont institués pour la religion ou pour la police* (et l'on sait que police, dans un sens large, se confond avec administration). Ce sont des associations fondées par des particuliers en vue de l'intérêt public ; par son abréviateur, Lavie, *Des corps politiques*, 1766, t. 2, p. 12. Selon Domat, *Dr. public*, 1, 15, 1, le corps est établi pour un bien commun à ceux qui en font partie, mais aussi *qui ait rapport au bien public*. On constate que ces corps rendent des services à l'Etat ; ainsi en est-il, par exemple, des institutions d'enseignement, comme les Universités, ou de charité, comme les hospices ou Maisons-Dieu, d'abord établissement religieux, n'ayant pas encore tout à fait perdu leur caractère ecclésiastique au dix-huitième siècle (droits des évêques sur les Universités, ils sont membres-nés des bureaux d'hospice, etc.). A la fin de l'Ancien Régime on les qualifie d'établissements publics, *h. v°*. Sur les droits du roi par rapport aux institutions ecclésiastiques, Le Vayer, *Autorité légit. des rois*, p. 319 et suiv. (souverain politique, protecteur, fondateur).

(3) Etant donné ce caractère, il est tout naturel qu'il y ait eu, surtout à la fin de l'Ancien Régime, des établissements du même genre créés par le roi, des fondations royales (par exemple le Collège de France, l'Hospice des Invalides, les Académies, etc.). Sur les derniers corps de métier, cf. Monin, *Révol. fr.*, 1894, 327. Sur l'ordre des avocats, cf. Vasseur, Thèse, 1900.

(4) C'était la règle romaine. Gaius, Dig., 3, 5, 1. Girard, p. 234. Edit nov. 1629; Décl. 7 juin 1659; Edit déc. 1666 (Le Vayer, *Autor. légit. des rois*, 1682, p. 279 : nulle communauté ne peut s'établir ni construire des monasteres sans la permission expresse du roi, car il ne peut se former de corps, communautés, colléges, sans le consentement du magistrat politique ; tout nouvel établissement de religieux est une nouveauté dans la discipline de l'Eglise, et il est du devoir du protecteur d'empêcher les innovations

L'autorisation préalable et expresse de l'Etat est la condition première de l'existence des personnes morales (1). Toute association autorisée jouissait *ipso facto* de la personnalité civile (2).

dans l'Eglise); et surtout Edit d'août 1749, art. 1. Avril, p. 60 (cit.), 72. Blackstone, I, 10. Les associations non autorisées pouvaient être dissoutes, c'est-à-dire qu'on pouvait contraindre leurs membres à se séparer; mais on les tolérait si elles paraissaient inoffensives. Viollet, p. 647. Les membres de ces communautés irrégulières n'étaient regardés que comme des particuliers, il ne leur était pas permis d'agir sous un nom collectif. — D'ailleurs, quand le groupement était très ancien, jusqu'en 1749, l Etat dispensa de la production des titres. Ainsi s'explique peut-être la tolérance des compagnonnages, de la franc-maçonnerie. Guyot, v° *Comédien*. D. 14-17 juin 1791, 18 août 1792.

(1) Sur ce régime de liberté qui date du Bas-Empire, cf. thèses : Plocque, 1887; Buretel de Chassey, 1893, etc. Vauthier, *op. cit.* — Capacité de recevoir, Gierke, II, 903.

(2) On a expliqué la personnalité des corps et communautés par une fiction. C'est, à notre avis, la théorie romaine, elle se retrouve dans les écrits des Canonistes, des Bartolistes, des civilistes, des commercialistes, de l'Ecole du droit naturel; elle a joué un rôle important dans la discussion sur la sécularisation des biens du clergé à la Constituante. — Les Germanistes, Beseler, Gierke, se sont élevés contre cette opinion traditionnelle; pour eux, les personnes morales ne sont pas des êtres fictifs, mais des êtres réels; dans toute association, il existe une volonté collective, très distincte des volontés individuelles et tout aussi réelle que celle d'un individu. Citons entre autres déductions qu'on tire de ces idées : 1) la loi ne crée pas les personnes morales, mais ne fait que les reconnaître : le gouvernement ne peut pas les dissoudre par simple mesure de police; 2) une fois reconnues dans leur pays d'origine, elles peuvent fonctionner à l'étranger; 3) à leur dissolution, leurs biens n'appartiennent pas à l'Etat comme biens vacants, mais font l'objet d'une succession particulière en rapport avec leur destination (ainsi ils peuvent être répartis entre ses membres). Ces conclusions n'auraient pas été désavouées par la plupart de nos anciens auteurs, car ils ne prétendaient pas que la loi créât les personnes morales *ex nihilo*, mais simplement qu'elles avaient besoin de son autorisation pour fonctionner, ce qui revient à dire que l'Etat a le droit de les interdire; or, nul ne lui conteste cette faculté. A coup sûr, la fiction de la personnalité n'explique pas tout; mais les fictions ne sont pas faites pour rendre raison des choses : ce sont des formules de juriste et comme une sorte de monnaie d'usage commode qui a cours dans le droit; ce qui prouve en faveur de celle-ci, c'est qu'on n'est pas parvenu à la remplacer. Si on nous demande pourquoi traiter une association ou un établissement comme un homme, nous répondrons que cette question est plutôt du ressort de la politique ou de l'économie politique que de la jurisprudence; la personnification a été, à un moment donné, la meilleure satisfaction donnée à certaines nécessités pratiques. Nous faisons donc des réserves sur le système germaniste; mais nous reconnaissons à la nouvelle école un double mérite, en premier lieu, ses tendances libérales, puis la mise en relief d'un fait important, la formation libre et spontanée des personnes morales au moyen âge. — Suivant d'autres, par exemple Planiol, *Dr. civil*, I, 261, la personnalité (fictive ou réelle) serait un mythe; sous le nom de personnes civiles,

sans qu'il fut besoin d'une concession spéciale ; la personnalité n'était point un don de l'Etat, mais un effet naturel de l'existence de l'association, et si l'on peut dire ainsi, sa façon d'être et de vivre (1). L'Etat aurait pu retirer à une association la personnalité juridique ou, sans aller jusque-là, restreindre sa capacité ; mais il n'était pas d'usage de procéder de la sorte ; on supprimait purement et simplement l'association (2). C'est ainsi que meurent d'ordinaire, par retrait d'autorisation, les personnes morales ; elles peuvent aussi disparaître faute d'objet (3). quand la fin pour laquelle elles sont établies cesse d'exister (4), ou quand tous les membres de l'association viennent à mourir (5). Mais ces hypothèses ont visiblement un caractère exceptionnel ; il est de la nature des corps et communauté de durer à perpétuité, et l'un des plus grands avantages qu'ils présentent est justement de dépasser de beaucoup les bornes de la vie humaine, car leur existence est indépendante de celle de leurs membres actuels (6).

il faudrait entendre des masses de biens, sans maître particulier, affectées à un usage collectif ; cf. Brinz, *Pand.*, et sa théorie du *Zweckvermögen*. Ces idées sont étrangères à l'ancien droit. On peut en dire autant d'autres théories dont on trouvera un aperçu très net dans Mestre, *op. cit.* Sur les associations sans personnalité civile, cf. Stobbe, § 61.

(1) L'idée de distinguer la concession de la personnalité civile et l'autorisation de s'associer est moderne. Mühlenbruch (à propos du procès Städel) et Savigny (qui traduit à tort *corpus* par personne civile, Dig., 3, 4, 1), l'ont fait prévaloir en Allemagne ; après eux, Zachariae l'a introduite en France. — On peut dire que cette distinction était comme préparée par les dispositions de l'Edit de 1749, en vertu desquelles une communauté déjà existante et autorisée avait besoin d'autorisation pour acquérir des biens dans certains cas. Mais d'une manière générale, dans l'ancien droit français comme en droit romain, par cela seul qu'une corporation existait légalement, elle était investie de la personnalité civile ; l'autorisation n'était pas une concession de la personnalité.

(2) *Ord.*, I, 510 : le roi interdit aux *scolares et doctores* du *studium* d'Orléans de former une *universitas* ; ils seront soumis aux lois *tanquam singulares*. Cf. Les communautés d'habitants, t. I.

(3) Ordres religieux qui disparaissent faute d'objet, par exemple rachat des captifs, soins des lépreux, etc.

(4) En 1620, l'abbaye de Tournus se sécularise du consentement de tous ses membres pour se transformer en collégiale. Juénin, *Hist, de l'abb. de Tournus*, 1733, cité par Charmont, *Année sociolog.*, 1900, p. 96 (causes d'extinction de la propriété corporative).

(5) La présence d'un seul membre suffit-elle à maintenir l'association ? Discussions. Cf. Stobbe, I, 436. Tous les membres d'accord peuvent-ils dissoudre le corps ? *Ibid.* Gierke, *D. Privatr.*, § 70.

(6) Cf., au contraire, société. Ci-contre.

L'organisation de la communauté résulte de l'usage ou est contenue dans des statuts écrits. A l'époque monarchique, ces statuts doivent être présentés aux Parlements ou aux autres juridictions royales à fin d'homologation. C'était aux magistrats à voir s'il ne s'y était rien glissé de contraire « aux lois, à la liberté publique, à l'intérêt d'autrui (1). » La communauté agit par les organes qu'elle se donne (2). Pour sa gestion ordinaire elle a un ou plusieurs procureurs, un syndic élu dont les pouvoirs varient. En contractant, en plaidant, il oblige la communauté dans les limites de ses pouvoirs ; son fait est censé le fait de celle-ci ; c'est à son domicile que sont données les assignations contre elle (3). L'assemblée générale des membres constitue le pouvoir supérieur (4) ; elle prend des décisions à la majorité (5), sauf en ce qui concerne la constitution ou la dissolution de la communauté. Les simples membres ont, comme tels, des droits particuliers, par exemple celui de figurer aux assemblées générales ou même de prendre, en cas de dissolution de la communauté, une part de l'avoir commun (*jura singulorum*) (6).

(1) Le principe de la spécialité en vertu duquel les personnes morales doivent se renfermer dans leurs attributions, a été imaginé par la jurisprudence moderne ; il était inconnu de l'ancien droit ; ainsi des fondations charitables étaient adressées à des établissements littéraires (prix Montyon a l'Académie française) ; les fabriques recevaient des dons et legs pour les pauvres ou dans l'intérêt de l'enseignement ; le temporel des écoles de charité établies pour les enfants pauvres était administré par les marguilliers. Jousse, *Gouv. des fabriques*, 283. Mais il faut noter que l'enseignement, la charité, le culte, étaient autrefois du ressort des établissements ecclésiastiques.

(2) Distinction entre l'organe et le représentant, Gierke, *D. Privatr.*, I, 472.

(3) Procès aux corps et communautés. Ord. 1670, 21. Décl. 2 octobre 1703 (permission de l'intendant).

(4) Odofredus, s. l. 9, § 1, et s. l. 7, D., 4, 2, rapporte une décision importante de Johannes Bassianus, à propos d'une révolte de paysans contre l'archevêque de Ravenne : fallait-il punir l'*universitas* ou les révoltés *ut singuli?* Bassianus répondit qu'il fallait distinguer suivant qu'ils avaient agi chacun pour leur compte ou au contraire collectivement, enseignes déployées, au son de la cloche, le conseil en tête ; dans ce dernier cas, l'*universitas* devait être punie. Cette doctrine devint bientôt classique.

(5) Gierke, II, 480 ; III, 322, 393, etc. (la majorité).

(6) En ce cas, on se demande à qui reviennent les biens. L'opinion commune, autrefois, était qu'ils appartenaient à l'Etat comme bien vacants. Gierke, III, 238. Théories modernes très opposées. Gierke, *D. Privatr.*, I, 565.

Le patrimoine de la communauté appartient au corps lui-même et non à chacun de ses membres (comme ce serait le cas pour une chose indivise). Ce qui est dû au corps ou par le corps n'est dû à aucun de ses membres ou par aucun d'eux ; ils peuvent être créanciers ou débiteurs de la communauté, plaider contre elle comme s'ils lui étaient étrangers. Les corps et les communautés jouissent de privilèges et sont frappés d'incapacités diverses (1). On les traite comme des mineurs; ils ont droit aux mêmes bénéfices ; en retour, ils sont soumis à une étroite tutelle administrative dont l'organisation varie, mais dont le principe est toujours le même, commençant ainsi à se rattacher à l'Etat (2). Ils ne peuvent aliéner leurs immeubles qu'en vertu d'un décret du juge (3), ni acquérir à fonds perdu, sous peine de confiscation, par suite de déclarations royales à l'époque monarchique. Sous le régime féodal, les seigneurs les obligent à vider leurs mains, dans l'année, des fiefs et censives par eux acquis (4); on a vu par quels procédés cette prohibition fut éludée et comment il en sortit la théorie de l'amortisse-

(1) Les personnes morales pouvaient-elles commettre des délits, être excommuniées ? Cf. ci-dessus, Solidarité familiale. Innocent IV, en 1245, défend d'excommunier une *Universitas* (c. 3, *in* VI°, 5, 11 ; en effet, l'*Universitas* n'est qu'une fiction; elle ne peut ni vouloir ni agir). Cette raison n'avait pas empêché l'Eglise de frapper d'interdit des peuples, des provinces, pas plus qu'elle n'avait empêché les statuts et les lois civiles d'édicter des peines contre les cités. Cf sur cette question, Bartole, sur l. 16, § 10, D., 48, 19. Gierke, *D. Priv.*, I, 528. Mestre, *op. cit.* Pertile, 3, 271. Les postglossateurs admettent la possibilité de punir les communautés. En 1331, le Parlement de Paris condamne la ville de Toulouse à perdre son droit de corps et communauté avec confiscation du patrimoine, à propos de l'affaire d'un étudiant, Aimery Bérenger, condamné à mort par les Capitouls en violation des privilèges universitaires. Ord. 1670, 21, 1.

(2) Par exemple rescision pour lésion, communication des procès immobiliers au ministère public, prescription de quarante, etc. Pertile, 3, 272. Cf. fisc, Eglise. Ces privilèges ont disparu du droit moderne, plus disposé à prodiguer aux corporations les incapacités que les faveurs.

(3) Edit déc. 1606, art. 15. G. Forget, *Personnes, Choses ecclés.*, 1611, p. 60.

(4) L'incapacité d'acquérir des gens de mainmorte ne tient pas à ce que ce sont pour la plupart des établissements religieux ; elle existe au même titre pour tous les *corpora mortua*. Cf. Le fief, t. I. Si les premières lois sur l'amortissement ont été dirigées contre les communautés religieuses, si on s'est inquiété à toute époque de l'accumulation des biens immobiliers entre leurs mains, cela tient à leur grande prospérité; les communautés laïques, au contraire, se sont trouvées fréquemment dans une situation embarrassée.

ment (1). Le célèbre édit d'août 1749 (2) les rendit incapables d'acquérir des héritages, droits réels, rentes constituées sur des particuliers ; l'incapacité était absolue pour les libéralités testamentaires ; au contraire, les donations entre vifs ou les acquisitions à titre onéreux pouvaient être autorisées pour des causes justes et nécessaires, c'est-à-dire d'une façon exceptionnelle (3) ; il ne leur était permis d'acquérir librement que des meubles et des rentes sur le roi ou sur d'autres communautés. C'est ainsi qu'on s'acheminait vers la législation révolutionnaire ; celle-ci, franchement hostile à toute propriété corporative, convertit en biens nationaux les biens des communautés religieuses (4) ou séculières, comme ceux du clergé séculier (5). En même temps, elle transforma en services administratifs ce qu'elle laissait subsister des établissements de l'Ancien Régime ; le changement fut peu sensible, car ils étaient déjà soumis à la tutelle administrative et à moitié incorporée à l'Etat ; ainsi fut ruinée, après la féodalité politique, ce que

(1) Avant l'Edit de 1749, les seigneurs, dans leur intérêt particulier, obligeaient les communautés à vider leurs mains dans l'année des héritages par elles acquis, mais le procureur du roi pouvait en faire autant dans l'intérêt public, dit Pothier, n° 216, parce que les biens des communautés étaient soustraits au commerce. Cf. ci-dessus, *Arr.* de Lamoignon, 16. Aux Etats de 1614, le Tiers émit le vœu que les gens de mainmorte ne pussent acquérir d'immeubles. Picot, *Hist. des Et. gén.*, III, 482. Cf. II, 246. Mourmant, Thèse, 23.

(2) Cf. L'Eglise, édit de 1749, t. I. Tardif, *R. de lég.*, 2, 492. P. Bernard, *Rhdr.*, 10, 37. Mourmant, Thèse, 1900 (précédents de l'Edit de 1749). Autres thèses : Coulondre, 1886; Pitois, 1890; A. Lot, 1895; Epinay, 1896, Garein, *La mainmorte, 1749 à 1789*, 1903, etc. — Les autres pays ont aussi leur législation sur les biens de mainmorte : Adami, *Legg. s. l. manimorte*, 1834. Kahl, *Deutsche Amortisationsgesetze*. 1880. Gierke, *D. Privatr.*, I, 516. Pollock, *Landlaws*, 91. Pollock et M., I, 314, 639.

(3) Lettres patentes enregistrées au Parlement et accordées seulement, après enquête, pour causes justes et nécessaires. C. civ., 910, 937. — Des lettres patentes n'étaient pas nécessaires pour les simples fondations pieuses ou charitables, comme les messes ou obits, subsistance d'étudiants ou de pauvres, etc. ; il suffisait de les faire homologuer par les Parlements.

(4) Sur la suppression des communautés religieuses et le D. des 13-19 février 1790, cf. Avril, p. 134 (bibl. et discussion) : la véritable pensée de la Constituante a été de réformer le clergé régulier plutôt que de le détruire ; elle a procédé de même à l'égard du clergé séculier.

(5) L'antipathie de la Révolution pour les corporations se trahit encore dans le Code civil par l'absence d'un titre spécial sur les personnes juridiques. Les Codes plus récents, comme le Code allemand, ne présentent pas cette lacune. Cf. loi sur les associations, 1er juillet 1901.

l'on a appelé la *féodalité corporative* (1); ainsi périt « *l'esprit de corporation si dangereux* », dit Condorcet, « *mais si naturel dans un temps où tout était privilège* (2). » Il est vrai qu'il ne périt que pour renaître, le droit moderne ne lui témoignant pas la même défiance que la Révolution (3).

3. — **Fondations** (4). **Piae causae,** œuvres de piété ou

(1) Il n'y a plus de classes, d'ordres, de corporations, mais une administration gigantesque qui hérite de leurs privilèges et remplit leurs fonctions. Dans la discussion sur les biens de l'Eglise, Thouret déclara aux applaudissements de la Constituante : « Les corps ne sont que des instruments fabriqués par la loi pour en tirer quelque bien public; que fait l'ouvrier quand son instrument n'est pas propre à l'ouvrage auquel il l'avait destiné? il le brise, il le modifie. » Historiquement il n'y a rien de plus faux que cette prétendue genèse des corps fictifs. L'esprit de la Révolution apparaît bien dans le D. du 18 août 1792 abolissant les corporations religieuses ou séculières, même celles vouées au service des hôpitaux et au soulagement des malades. *Considérant*, dit le préambule, *qu'un Etat vraiment libre ne doit souffrir dans son sein aucune corporation, pas même celles qui, vouées à l'enseignement public, ont bien mérité de la patrie...* En partant de ces idées, le culte devient un service public, l'Eglise une administration spéciale avec son budget, les fabriques, séminaires, chapitres rétablis par le Concordat, sont des personnes administratives; tous autres établissements ecclésiastiques (notamment les communautés religieuses) étaient supprimés par l'article 11 des Articles organiques. L'assistance, les services hospitaliers, l'enseignement tendent aussi à se transformer en services d'Etat. Cf. Const. de l'an III, art. 300. Le D. du 8 août 1793 avait supprimé les Académies et sociétés littéraires patentées ou dotées par l'Etat. Le 15 septembre 1793, la Convention supprima également les Facultés de droit et autres; quoique ce décret fût suspendu le lendemain du jour où il avait été rendu, les Universités cessèrent d'exister. Liard, *L'enseign. supér. en France*, t. I, p. 217. La L. du 23 mess. an II réunit aux propriétés et dettes nationales l'actif et le passif des établissements de bienfaisance. Détails sur la réalisation de ce plan dans Avril, Thèse, p. 113 et suiv. Cf. l. ital. du 17 juillet 1890 sur les *opere pie*.

(2) *Rapport. sur l'organ. de l'instr. publ.*, dans les *Procès-verb. du Comité d'instr. publ. de l'Assemblée législ.*, publiés par Guillaume, p. 188. D'ailleurs, Condorcet ne réclamait pas le monopole de l'enseignement au profit de l'Etat.

(3) Cf. pour l'Allemagne, Gierke, *D. Priv.*, I, 488. Régime anglais moderne : les associations se constituent sans intervention administrative, moyennant quelques formalités très simples, comme l'enregistrement de leurs statuts.

(4) Cf. Romanistes et Canonistes cités *suprà*, p. 959, t. II. Tiraqueau, *De privilegies piae causae*, 1582. *Tract. univ. jur.*, t. 18. *Encycl. méth.* Ferrière, Guyot, etc., *h. v°* et v^is^ *Hospice*, *Cause pie*, *Pauvres*, etc. Camus, n^os^ 994 et s. Thèses récentes nombreuses (avec notions historiques); v. surtout G. de Lapradelle, *Fond. perpét.*, 1895; Coulondre, 1886; Truchy, 1888; Ravier du Magny, 1894; Tissier, 1889; Lory, 1888; Marcadé, 1901; Fénelon, 1902, etc. Planiol, *Dr. civ.*, III, 950 (bibl.). Hubert-Valleroux, *Dict. d'Econ.*

d'utilité publique (telles qu'un hospice, des messes, etc.) (1) auxquelles sont affectés un ensemble de biens (*universitas rerum*). La fondation se présente sous deux formes principales : tantôt c'est un service imposé à une personne morale déjà existante, comme lorsque un mourant dispose de ses biens au profit d'une église ou d'un monastère, en les chargeant de prières pour le repos de son âme ; tantôt c'est une disposition au profit d'un établissement à créer, ainsi un particulier par testament constitue et dote une école de charité. Au premier cas, la fondation se réalise par un intermédiaire (2), et il est naturel que l'intermédiaire choisi soit une personne morale, c'est-à-dire une personne qui ne meurt pas, car la fondation est de sa nature perpétuelle. Au second cas, le fondateur a pu organiser directement son œuvre et lui permettre ainsi de fonctionner après sa mort (ou même durant sa vie) (3) ; s'il ne l'a pas fait, l'Eglise ou l'Etat serviront d'intermédiaires (4). L'exécuteur des volontés du fondateur ou l'administration ins-

polit., v° *Fondation*. — Stobbe, § 62 (bibl.). Gierke, *D. Privatr.*, § 77, 78 (bibl.). Heusler, § 64. — Cf. Clavel, *Le wakf ou habous*, 1897. Ci-dessus, p. 696, t. II. Zhisman, *Stifterrecht in d. morgenl. Kirche*, 1888. Sur les hospices, cf. t. I. Add. Endemann, *Stud.*, I, 421. De Récalde, *Abrégé hist. des hôp*, 1784. Aug. Fabre, *Hist. des hôp. de Marseille*, 1854. L. Maître, *Hist. des hôp. de Nantes*, 1875. C. Port, *Cartul. de l'hôp. de Saint-Jean d'Angers*, 1875. L. Le Grand, *Les Maisons-Dieu, Rghist.*, 1896, 95. Sur les collèges, cf. Les Universités, t. I.

(1) Dr. allemand : *Stiftung* (fondation privée) et *Anstalt* (établissement public).

(2) En ce cas, la fondation se présente sous la forme d'une charge; la propriété des biens repose sur la tête de l'intermédiaire, mais elle est limitée par leur destination. Cf. fondations par des personnes physiques, par exemple testament de Nicole. Denisart, v° *fidéicommis*. Lambert, *Stipul. pour autrui*.

(3) Ex. dans le passé : test. de la comtesse Mahaut (*Cartul. de l'hôp. Saint-Jean d'Arras*, p. 27), de Giraud Aymeric à Marseille, etc. Plus récemment, fondation Staedel à Francfort (1828), fondation Bluntschli (concours de dr. international); Savigny, *Stiftung*, etc. Le droit allemand laisse de grandes facilités aux fondateurs, tandis que la législation française semble prendre à tâche de les décourager: une fondation *directe* par testament y est impossible. L'ancien droit français, au contraire, les tenait pour licites; Furgole, *Test.*, 6, 1, 37 et 84 : validité des libéralités pour fonder un collège, etc.; elles renferment la condition tacite : Si le collège, l'hospice, etc., est fondé, autorisé. L'Edit de 1749 prohiba les fondations par testament.

(4) Cf. sous le Bas-Empire droits de l'évêque, même des simples particuliers. C. J., 1, 2, 15; 1. 3, 28. Ci-dessus, Exécuteurs testamentaires.

tituée (1) ne sont pas les propriétaires des biens affectés à la fondation (2) : ces biens ont une certaine destination et ne sauraient en être détournés; s'ils appartiennent à quelqu'un (3), on dit à l'origine que c'est au saint sous le patronage duquel l'établissement est placé (4); c'est sur sa châsse que le fondateur dépose la charte renfermant l'expression de sa volonté; cette personne mystique agit par des miracles et se crée des droits à la reconnaissance des fidèles; il n'est pas étonnant qu'on l'envisage comme propriétaire; après la période barbare, à la suite de la renaissance romaine, on y voit plutôt une sorte d'être moral; mais comme il était plus abstrait que celui des corps et communautés (5), nos anciens auteurs ne qualifiaient guère les fondations de personnes morales; leurs biens étaient cependant de véritables biens de mainmorte. A leur extinction, chose rare, puisque les fondations sont d'ordinaire perpétuelles, ils perdent leur affectation, mais restent entre les mains de l'établissement qui les possédait déjà ou, à défaut, passent à l'Etat comme biens vacants (6).

(1) Domat, *Dr. publ.*, 1, 18, constate que les fondateurs d'un hospice pouvaient y établir une administration à leur gré : cela n'est plus possible aujourd'hui où une commission administrative est nommée conformément aux lois et astreinte dans sa gestion à suivre les règles légales.

(2) Ils n'appartenaient pas davantage aux bénéficiaires (ce qui est d'évidence dans le cas où ce sont des animaux, comme les ours de Berne). Cf. cependant G. de Lapradelle, p. 418. Les textes sont peu précis; ainsi il n'est pas rare qu'on fasse des legs aux pauvres. Thomas de Vio considérait l'*universitas pauperum* comme le sujet juridique du Mont-de-Piété.

(3) On en a attribué la propriété au roi ou au seigneur protecteur de l'établissement, église ou hospice. V. une critique de cette opinion (qui est celle de Ficker) dans Heusler, § 64 et suiv. Senn, *Avoueries ecclés.*, 1903.

(4) Cette idée se retrouve dans l'antiquité. Cic., *in Caecil.*, 17 : *se et omnia sua Veneris esse.* Ci-dessus, p. 495, 653, t. II.

(5) Depuis Savigny et à sa suite, on distingue deux classes de personnes morales, les associations ou *universitates personarum* et les fondations ou *universitates rerum*. Cf. théorie de Brinz, *Pandekt.*, § 61, d'après laquelle n'y a pas de personnes juridiques, mais des patrimoines constitués en vue d'un certain but (*Zweckvermögen*). La dualité des personnes morales était-elle admise par nos anciens auteurs? Il est certain que l'Edit de 1749 oppose les fondations aux corps et communautés. Cf. G. de Lapradelle, p 406, 412 et suiv. Domat, *Dr. publ.*, 1, 18, regarde un hôpital comme une espèce de communauté. Pothier, *Don. entre vifs*, 1, 4.

(6) L'Etat est-il tenu d'employer les biens de la fondation à un usage analogue? Non, s'il les recueille comme biens vacants; oui, si on le considère comme l'ultime destinataire de ces biens dans la volonté du fondateur. Gierke, *D. Privatr.*, I, 659.

Les fondations n'étaient pas inconnues de l'antiquité païenne (1), ainsi Théophraste affecte ses jardins à une école de philosophie et Pline le jeune crée des fondations alimentaires à Côme, sa patrie. Mais elles se sont tellement multipliées sous l'influence du christianisme, elles ont pris une telle extension et une physionomie si caractéristique qu'il n'est pas inexact d'y voir une institution chrétienne. Sous le Bas-Empire et dans les premiers temps de notre ancien droit, leur développement fut favorisé par un régime de liberté (2). L'Eglise les encourageait; on se contenta souvent de son approbation tacite. Cependant le droit canonique classique exige pour leur validité une autorisation de l'évêque (3). Si elles dépendirent pendant longtemps de l'autorité ecclésiastique, les pouvoirs civils tendirent de plus en plus à mettre la main sur elles (4). La même évolution se produisit : du régime ancien de l'approbation tacite on passa en 1749 à celui de l'autorisation expresse. C'est l'acte qui établit la fondation qui en organise

(1) Beauchet, *Hist. du dr. privé athén.*, III, 706. Fondations de Pline, *Ep.*, 7, 18; de Trajan. Pernice, *Labeo*, III, 150. Sur le droit du Bas-Empire, C. J., 1, 2 et 1, 3; Nov. 7, 120, 123, 131. Les dispositions au profit des pauvres furent aussi déclarées valables à cette époque.

(2) A l'époque franque, les fondations sont fréquentes. Tantôt le fondateur fait un don à la Vierge ou à un saint (Thévenin, *Textes*, p. 254. Italie : *patrimonium Crucifixi*. Pertile, 3, 268. Angleterre : Pollock et M., I, 481. Cf. usages de l'antiquité, Guiraud, *Propr. en Grèce*, p. 238. Ci-dessus, p. 653, t. II), tantôt il dispose au profit d'une abbaye, d'une église (Pardessus, *Dipl.*, I, 81, 138, etc. Lœning, *Deutsch. Kirchenr.*, I, 250; II, 37 et suiv. Gierke, II, 962; III, 198 et suiv.). Le monastère de Lorsch fut fondé par le comte Cancor et sa mère, remis par eux à l'évêque de Metz avec charge de le transmettre à une autre personne à son choix. Les Capitulaires paraissent reconnaître l'indépendance des fondations hospitalières (*xenodochia*). *Capit.*, I, 189, 194, 200, etc. G. de Lapradelle, p. 41, soutient, au contraire, qu'elles sont toutes la propriété de quelqu'un, église, monastère ou roi. Windscheid, *Pand.*, § 57. Au commencement de l'époque féodale, leur existence indépendante résulte des dispositions faites à leur profit (*hospitali lego*, etc.). Richard, *Cartul de l'hôp. Saint-Jean d'Arras*, 1888, p. XXVII.

(3) **X**, 3, 36, 4. Tiraqueau, *De privil. piae caus.*, 5, 4. De même pour la création d'un monastère, il faut l'autorisation du pape et celle de l'évêque, plus des lettres patentes du roi enregistrées au Parlement.

(4) Edit 1543 conférant aux juges royaux la surveillance des fondations ayant un but charitable (on s'était plaint de ce que le clergé régulier qui les administrait employait les revenus à son profit). Cf. Ed. 1629, 1639, 1659, 1666, 1749. Ci-après. En Angleterre, depuis le seizième siècle, le roi, visiteur de toutes les fondations, les fait inspecter par des commissaires de charité.

l'administration pour l'avenir ; à défaut, autrefois l'Eglise intervenait, puis ce fut l'Etat. L'Etat intervint également pour le contrôle et la surveillance des fondations, alors que dans le passé l'Eglise était seule chargée de ce soin (1). Celle-ci en prenait souvent à son aise avec les intentions des fondateurs (2) ; bon prétexte pour l'autorité royale toujours avide de s'étendre, elle examina et homologua les titres de fondation et on aboutit à une législation très restrictive (3) résumée à peu près en entier dans l'Edit de 1749, art. 2 et 5 (4). La législation révolutionnaire ne se montra pas plus favorable aux fondations qu'aux corporations. La loi du 6 mai 1791, art. 25, les abolit en principe, en se basant sur les idées de Turgot dans son article de l'Encyclopédie : « *Si tous les hommes qui ont vécu avaient un tombeau pour eux-mêmes et qu'il ne reste plus de terres pour cultiver, il faudrait bien détruire ces monuments inutiles et secouer la cendre des morts. Il y a donc un moment où une fondation ne peut plus garder son premier caractère ; autrement les terres n'appartiendraient plus aux vivants, mais aux morts* (5). « Les tendances

(1) Son rôle s'accentua également en matière de charité. On en a un exemple dans le développement du rôle des bureaux de bienfaisance. Ils furent institués sous la Révolution pour distribuer aux pauvres des ressources provenant d'un impôt sur les spectacles (droit des pauvres). L. 7 frim. an V. L'arrêt du 27 prair. an IX leur attribua les biens affectés aux fondations charitables. C'est peut-être en partant de là qu'on a fait des bureaux de bienfaisance les représentants nécessaires des pauvres, les seuls qualifiés pour recevoir et gérer les libéralités aux pauvres.

(2) Appels comme d'abus, protestations des jurisconsultes. Chopin, *De sacra politia*, 1, 4, 20. Févret, *Abus*, t. I, p. 206, éd. 1736. Par l'Edit de janv. 1780, l'Etat se fait le caissier des Etablissements de mainmorte ; ils doivent lui verser les sommes provenant de ventes d'immeubles ou de donations moyennant un intérêt de 5 %. Cette loi constate qu'il y aurait lieu de vendre les biens-fonds des hospices. « Quand le tuteur songe à dénaturer le patrimoine de ses pupilles, il est tout près de se l'approprier à la première occasion. »

(3) Autrefois, au contraire, la cause pie jouissait de nombreuses faveurs à l'exemple de l'Eglise, du fisc, des mineurs (dispenses des formes du testament, hypothèque tacite sur les biens des administrateurs, privilèges sur ceux des débiteurs, etc.). **X.** 3, 26, 10. Tiraqueau ne compte pas moins de 167 privilèges à son profit. Stobbe, I, 517. Gierke, III, 760.

(4) Edit août 1749, art. 5 : homologation des actes de fondation par les Parlements, tandis que l'établissement des corps et communautés n'avait lieu qu'en vertu de lettres patentes du roi ; art. 2 : interdiction des fondations testamentaires dans le but de créer des corps et communautés ou au profit de personnes chargées de les créer. Cf. Placards espagnols en Flandre, Patou, s. Lille, I, 200. Ferrière, s. Paris, 13, 2, 56.

(5) Le D. du 4 nov. 1789, qui mettait tous les biens ecclésiastiques à la

libérales de la législation anglaise contrastent avec ce droit restrictif ; depuis le règne d'Elisabeth, les fondations peuvent s'établir avec la plus grande facilité et elles se sont multipliées au point de dispenser souvent l'Etat des obligations d'instruction ; ainsi les grandes Universités et leurs collèges se soutiennent avec le revenu de fondations privés ; l'Eglise catholique n'a pas d'autre budget (1).

disposition de la nation, ne visait pas les fondations. Cf. D. du 18 nov. 1789; 23 oct. 1790; 6 mai 1791 ; les d. du 23 messid. an II et du 13 brum. an II réunirent les biens des hospices et des fondations au domaine de la nation. Le d. du 3 vent. an III (21 fév. 1895), art. 9, décide qu'*il ne peut être formé aucune dotation perpétuelle ou viagère.* — Réaction dans la suite; ainsi la l. 9 fruct. an III surseoit à la vente des biens des hospices; l. 28 germ. an IV, 16 vend. an V, restitution des biens aux hospices civils, etc. Concordat, art. 15, etc. Ces dispositions inaugurent le droit nouveau.

(1) Le nouveau Code civil allemand, 2, 2, consacre le principe de la liberté des fondations, mais l'Etat a besoin d'autoriser leur fonctionnement. Cf. Cod. féd. des oblig. (Suisse), art. 716.

LISTE DES ANCIENS JURISCONSULTES [1]

Les chiffres renvoient à la page et quelquefois aux notes ; ainsi 100, 1, doit se lire page 100, note 1. L'un astérisque indique le siège de la matière.

On trouvera ici les noms de quelques jurisconsultes qui ne figurent pas dans le *Manuel* (avec l'indication de l'époque où ils ont vécu), par exemple Adamaus † (mort en) 1540.

Abruzzo, † 1665.
Accurse, 601, 2.
Adamäus, † 1540.
Adduensis (Ferr.) (XVI^e siècle).
Aelfricus, † 1006.
Aelius Antonius (1442-1522).
Alberti (1635-1697).
Alphasius, 14, 115.
Amaya, † 1640 ou 1645.
Ancher (1710-1788).
Ancillon (1767-1837).
Ansaldus (XVII^e siècle), 509.
Antonius, † 1618.
— de Trigona, cf. *Singularia doctorum*, 665.
Arétin (von) (1773-1824).
Atkyns (1621-1709).
Atto de Verceil (X^e siècle).
Avezan, † 1669.
Ayrer (Jac.) (fin du XVI^e siècle).
Aymus Parmensis, *De alluvion*, 649.
Azeredo, *Comment. in Hispaniae reg. consuet.*, 685.
Azo (Lambertaccius) (fin du XIII^e s.).
Azo de Ramenghis († 1346).
Azo (Porcius), 601, 2.
Azuni (1760-1827).

Bach (1721-1758).
Bachorius (1575-1640).
Bacon (1561-1626).
Bacquet (Jean), † 1587.
Balboa, *Lectiones*, 723.
Baltus (XVI^e siècle).
Bally (XVIII^e siècle).
Balthasar (1701-1786).
Balmazeda (XVIII^e siècle).
Balzaramus (XVII^e siècle).
Bamiza (1733-1800).
Bargalius, *De dolo*, 675.
Bartole, 506, 510, 865.
Bartholomaeus, de Capua, † 1328 (*ad Constit. Neapol.*).
Bassus (1643-1704).
Battandier, *Praxis rer. crimin.*, 633.
Beccaria (1738-1794).
Bellinden, *Expl. des proverbes*, 732.
Bello (1502-1575).
Bellonus, *Antimoniae juris*, 615.
Berder (1657-1732).
Bernard (M.), 708.
Bernard (saint) (1091-1153).
Bernardus de Botone, † 1263.
Berriat-Saint-Prix (1769-1845).
Bertrandi, *Consilia* (1532).
Besold (1577-1638) (*De monarchia*).
Biarnoy de Merville (XVIII^e siècle).
Bilderdyk (1756-1831).
Billecard, *sur la coutume de Châlons* (1676).
Boeckelmann (1633-1681).
Boguet, *sur les Cout. de Bourg* (1604).

(1) Cf. Loisel, *Institutes coutumières*, éd. Dupin et Laboulaye, t. I, p. LXXXIII Capus et Dupin, *Profession d'avocat*, t. II, Bibliothèque choisie des livres de droit, 5^e éd., 1832. Holtzendorff, *Rechtslexicon*, 4^e éd., 1882. R. Stintzing, *Gesch. d. deutsch. Rechtsw.* 1880, 1884; *Gesch. d. populär. Literatur d. röm. Kan. R. in Deutschl.* 1867, 1898. Jöcher, *Gelehrt. Lexicon*, 1750-1898.

Bolley (1770-1847).
Bolognetus (1538-1585).
Bombardinus, *De carcere* (1713).
Bonacossa, *De servis* (1620).
Borcholten, † 1594.
Boscager, † 1687.
Bourdin (1517-1570).
Boyve (1692-1771).
Bradford (1755-1794).
Branchu († 1767).
Braun (1491-1563).
Breitenbach, † 1507.
Broedersen, 476.
Bruneau, *Tr. des criées* (1685).
Brunnemann, † 1672.
Brunquell (1693-1735).
Brunus (Alb.) (1570).
Bruslard, † 1597.
Bucherellus, 663, etc.
Buder (1693-1763).
Bulgarus 608, 3.
Buri (von) (1702-1767).
Buxtorf, *Diss. s. la Bulle d'or* (latin) (1613).
Bynkershoek.

Cajetanus (Fr. Patr.), † 1490.
— (Thomas de Vio) (1469-1534).
Caldas Pereira (XVII[e] s.).
Calvin, 417.
Caroccius, *De locato* (1604).
Casaregis (1670-1737), 509.
Castalio, *Lectiones* (1595).
Castillo Sotomayer (XVII[e] s.),
Chabrit, † 1784.
Chlingensperger (Chr. von) (1651-1720).
— (A. von) (1685-1755).
Chorier, † 1692.
Cludius, *Res quotid.* (1619).
Cocceji (Henri, † 1719).
Colladon (1510-1594).
Colombet (XVII[e] s.).
Conradi (F. K.) (1701-1748).
Conradi (J. L.) (1730-1785).
Conring (1632-1681).
Constant, *s. les Cout. de Poitou* (1659).
Corvin (Arnold) (XVII[e] s.).
Costa (Janus a) (Jean de la Coste), † 1637.
Costa (E. de) (XVI[e] s.).
Costanus, *De matrim.* (1578).
Constant (1654-1721).
Cramer (J. U.), † 1772.
Crantz, † 1517.
Cravetta (XVI[e] s.).
Crespi de Valldaura, 707.
Cuperus (1765 1831).

Dempster (1579-1625).
Denich (1563-1633).
Duchesne (André), † 1640.
Dumont (Jean) (1660-1726).
Dupaty, † 1788.
Duperray, † 1730.
Dupin (Charles), † 1808.
Dupin (Jean-Jacques), † 1865.
Durandus (Steph.), † 1589.
Duranus, † 1650.

Eck (1486-1543).
Eisenhart (E.-L.-A.), † 1808.
Emminghaus (1723-1758).
Engel (L.), † 1674.
Erskine (John), † 1765.
Erskine (Thomas), † 1823.
Estor 1699-1773), *De ministerial.*
Everard (Junior), † 1586.

Faesch (1595-1665).
Fasolus (1223-1286).
Fauchet (Cl.) (1529-1621).
Felice (de) (1723-1789).
Fellenberg (1736-1801).
Fischer (Fr.) (1750-1797).
Florianus de St[o] Petro, XV[e] s.
Forbonnais (1722-1800).
Formey (1711-1797).
Freiesleben, † 1733.
Freher (1565-1614).
Fritschius (Ahasverus), XVII[e] s.
Frosterus (1727-1773).
Furic, 597.

Gabrielis Romani (Ant.), *Conclus.*, 641.
Galeottus, † 1272. Cf. Albertus.
Gallus (Fr.), *de Fructibus*, 771.
Gaertner (1700-1760).
Gebauer (1690-1773).
Gentilis (Justinus) (XVI[e] s.)
Gentilis (Jacobus) (XVI[e] s.).
Georges (Jacobinus de Saint-), *De feudis*, 619.
Gesterding (1740-1802).
Gilkenius (fin XVI[e] s.).
Gillet, † 1720.
Glafey (1692-1753).

Glück (1755-1831).
Godefroy (Jacques), *Cout de Norm.*, 699.
Godelmann (1559-1611).
Goebler, † 1567.
Gœddœus (1555-1632).
Gomez (L.), † 1553.
Grégoire IX, † 1243.
Grosley, † 1785.
Grupeu (1692-1767).
Gryphiander, *s. le Mir. de Saxe*, 743.
Gudelinus (Joudelin), † 1619.
Guden, † 1758.
Guimier, † 1503.
Guntherus (Mart.) XVII[e] s.).

Haltaus, *Gloss. germ.*, 847.
Hamilton (1729-1796).
Haneton (XVI[e] s.).
Hansenius, *De jurej.*, 686.
Hardwicke (1690-1764).
Harpprecht (Joh.) (1560-1639).
Heeser, *Loci communes juris*, 742.
Heige (1559-1599).
Heimburg (1430-1472).
Hemmingsen (1513-1600).
Henelius, *De comm. bon. inter conjuges*, 737.
Henricus de Hunia, † 1597.
Henryson (XVI[e] s.).
Hilliger, † 1619.
Hippolytus a Lapide (1605-1678).
Hofacker (1749-1793).
Hoffmann (Christ), † 1735.
Hoffmann (Joh.), † 1739.
Holt, † 1710.
Home, † 1785.
Hommel (F.-A.), † 1769.
Hommel (K.), † 1785.
Hommel (R.), † 1817.
Hopingk, *De jure sigill.*, 1717.
Horn, † 1718.
Howard (J.), † 1790.
Hübner (M.), † 1745.
Hübner (Ch.), † 1808.
Hufeland (1760-1817).
Hugo (G.) (1764-1844).
Hulot, † 1775.
Hund (1514-1588).
Hunger (1511-1555).
Hunnius (1583-1634).

Imola (Joan. de), † 1436.
Innocent III, † 1216.
Iselin, † 1779.

Jacobus de Theramo, † 1417.
Johannes Bassianus, 869, 4.
Johanninus, *De reconvent.*, 677.

Kahrel, † 1787.
Karo (1488-?).
Klenkok (XIV[e] s.).
Kling (1504-1571).
Klockius, *De contribut.*, 731.
Knipschild, *De fideicom.*, 828.
Kulpis (1652-1698).
Kuppener (1466-1511).

Lagunez, *De fruct.*, 784.
Lambertus, *Elench. quæst.*, 106.
Lampredi (1732-1793).
Lasson (Peder), † 1681.
Laurentius de Paladis, *De stat. feminas excludent*
Lauterbach (1618-1678).
Lebret, † 1655.
Lebrun de la Rochette (1560-1630).
Leeuw (Leorinus (1509-1598).
Leeuwen (van), † 1682.
Legrand de Laleu (1755-1819).
Leibnitz (1646-1726).
Lessius (1554-1623).
Letrosne (1728-1786).
Leu (1689-1768).
Lezardière (1754-1835).
Limnaeus (1592-1663).
Linguet (1736-1794).
Lipenius, † 1692.
Loccenius (1598-1677).
Lorry (XVII[e] s.).
Loup de Ferrières (IX[e] s.).
Louvrex (1665-1734).
Lublerus, *De incendio* (1608).
Lund (1638-1715).
Luther, 1428.
Lyclama van Nyehold, † 1626.
Lyncker (1643-1726).

Madihn (1729-1784).
Magerus de Schœnberg, *De advocat.* (1625).
Majansius (de Mayans) (1699-1781).
Mallebay de la Mothe, 769.
Mancinus, *Disquis.* (1640).
Mareschal (1645).

Marquard (1610-1688).
Martinus Gosia, 608, 3.
Martuccius, *Expl. jur.* (1683).
Mascor (1689-1761).
Mastrillus, *De magistr.* (1614).
Matthaeus (Ant.), † 1637.
Matthaeus (Ant.), † 1654.
Mauritius, *De restitut.* (1578).
Meier (1562-1622).
Meijer (1780-1834).
Meiszner, † 1626.
Ménage (1613-1692).
Mendoza de Sarmiento, † 1595.
Merlin, *De pignor.* (1653).
Mignot, 862.
Mirabeau, 711.
Mœser (1720-1794).
Molina, *De Hispan. primogenit* (1577).
Molitor, † 1497.
Montalro, 711.
Mourgues, *Stat. de Prov.* (1642).
Müller (Joh.), † 1731.
Müller (Joh. von), † 1809.
Müller (Adam) (1779-1829).

Negusantius (XVI^e^ s.), 486.
Nellus a S^te^ Geminiano (XV^e^ s.).
Nerius, † 1622.
Nettelbladt (Ch.), † 1775.
Nettelbladt (D.), † 1791.
Nicolas de Cues (1401-1464).
Nicolaus, *De juramentis*, 785.
Noldenus, *De statu nobil.*, 694.

Oelrichs, † 1789.
Oldekopp, † 1667.
Olea, *De cess juris*, 742.
Ompteda (1746-1803).
Oncieu (G. de), *Mainmortes*, 679.
Oosterga (1614-1687).
Orozius, † 1667.
Ossa (d'), † 1557.
Ottero, *De pascuis*, 706.

Pacianus, *Consil.*, 676.
Pacionius, *De Locat.*, 732.
Pacius (a Beriga) (1550-1635).
Palaeottus (1522-1597).
Pauvinius, † 1568.
Papillon (1514-1596).
Parisius, *Consil.*, 558.
Parpalia (Thomas), vers 1500.
Paschalus, *Patr. potest.*, 694.
Passeribus (Nic. de) († 1615), 571.
Patricius, † 1494.
Peckius, † 1589.
Pennon, *Cout. de Sens*, 616.
Petit (Sam.) (1594-1695).
Petrus de Sampsone (XIII^e^ s.).
Picus, 453.
Pinheiro, *De testamentis.*
Pinellus, † 1601.
Poelmann (XVI^e^ s.).
Poggius, *De nobilit.*, 600.
Pontanus (Dupont). † vers 1556 (*s. Cout. de Blois*).
Portalis (1746-1807).
Proudhon (1758-1838).
Prousteau (1626-1715).
Püttmann, † 1796.

Quesnel (1634-1714).
Quintanadvenas, † 1628.
Quistorp, † 1785.

Rachel (1628-1691).
Raynaldus, *Obs.*, 780.
Rayneval (1736-1812).
Remus (1561-1625).
Renking, *De retractu* (1631).
Reusner, 1545-1602).
Riminaldus, † 1487.
Rittershusius, Conrad, † 1613.
Roblez de Salcedo, *De repraes.* (1667).
Rosenthal, *feudiste* (XVI^e^ s.).
Rosis (Hieron. de), *Obs.* (1689).

Saavedra (1584-1648).
Saint-Simon (1760-1825).
Saligniacus, *Ad. Dig.* (1537).
Saligny, *s. la Cout. de Vitry* (1651).
Sanchez (1551-1610).
Sande (1578-1638).
Saumaise, 477.
Savaron, *Contre les duels* (1610).
Savigny (1779-1861).
Schenck, † 1580.
Schieferdecker (1583-1631).
Schmalzgrüber (1663-1631).
Schmidt (Joh.) (1726-1792).
Schmier (1680-1728).
Schœnbach, *Resp. germ.* (1657).
Schonerus, *Disput. feudales* (1507).
Schwanenburc, *De jure accresc.* (1631).
Schwarzenberg (1463-1528).
Siccama (1570-1622).

Sibberrad, *Hist. juris gallic.*, *à la suite de l'Hist. juris rom.* d'Heineccius (1751).
Sirey (1762-1845).
Skeneus, *Leges Scotiae* (1609).
Soto (Dominicus) (1494-1560).
Soto (Petrus de), † 1567.
Spangenberg (1784-1833).
Speidelius, *Thesaurus* (1641).
Spelman, *Gloss. archael.* (1687).
Speransky (1772-1839).
Stephani (J.) (1577-1623).
Stephani (Matt.) (1570-1646).
Story (1799-1845).
Straccha (XVIe s.), 1456.
Suarez (Karl.), † 1798.

Tamburinus, *De jure abbatum* (1638).
Tellez, † 1649.
Theramo (de) (1350-1417).
Titius (1661-1714).
Toullier (1752-1835).
Trekel (1707-1764).
Trentocinquus (Alex.), *Resolutiones* (1618).
Treutler (1565-1516).
Tronchet (1726-1806).
Tulden (1595-1645).

Valla (Nic. Duval), *De rebus dubiis*, 645.
Vayer (le), 862.
Vicat, † 1776.
Vico (1668-1744).
Victoria, † 1546.
Vigelius (1529-1600).
Villers de l'Isle-Adam, *Gages de bataille*, 655.

Weis (1766-1808).
Wicquefort (1598-1682).
Wredius, *De comit. Flandriae*, 62, 3.

Zoanettus, † 1586.
Zouch (Zouchæus) (1590-1680).

INDEX ALPHABÉTIQUE

Les chiffres renvoient à la page et quelquefois aux notes ; ainsi 100, 1, doit se lire page 100, note 1. Un astérisque indique le siège de la matière. (Voir la page indiquée et les suivantes.)

abandon, 287*, 536, 3, 543, 6, 642. 1 ; — noxal, 108, 2, 120, 2, 403* et 404*.
abandonnement, 527.
abattis, 415.
abbayes, 667. Cf. monastères, moines, religieux, abbé, etc.
abbé, 623, 7.
abdication, 192.
abeilles, 204, 3, 219, 1.
Abendgabe, 720.
about, 540, 6.
Abreks, 413.
absence, 21, 40, 67, 3, 73, 6, 77, 99, 120, 1, 187, 192, 280, 2, 296, 4, 303, 304, 349, 393, 550, 11. 558, 2, 619*, 650, 764, 781, 1, 806, 807, 6, 808, 3, 832, 1.
absolution à cautèle, 516, 5.
abus (appel comme d'). Cf. appel.
abus de confiance, 231 et suiv., 235, 1, 523, 7.
Académies, 866, 3, 872, 1.
acceptation bénéficiaire, 631. Cf. bénéfice d'inventaire ; — de la communauté, 813 ; — de la lettre de change, 514 ; — des successions, 630, 641, 672 ; — des donations, 185, 2, 672, 685, 1.
accessio possessionum, 376.
accession, 287, 4.
accessoires, 204.
accroissement, 661, 809.
accusation, 56, 414.
achasius, 78.
achat. Cf. mariage, 15, 716 et suiv.
Acht, 414.
acquêts, 199, 206*, 210, 387, 484, 583, 591, 604*, 609, 701, 704, 718, 2, 719, 723, 739, 763, 764, 776, 784 et suiv., 796, 811 ; — société d' —, 776*. Cf. communauté, acquisition de la propriété immobilière. Cf. transfert de propriété.
actes écrits, 322, 458. Cf. acte notarié, preuve, etc. ; — de l'état civil, 831*, formels, 428. Cf. solennités ; — notariés, 22, 150. Cf. notaires, 340, 455, 458, 5, 460, 5, 500, 8, 541, 4, 555, 570, 573, 622, 631, 633, 664, 672, 687, 742, 769, 7 ; — sous-seing privé, 462, 570, 571, 574, 633, 664 ; — scellés, 457.
actions (dans les soc.), 477.
actions *ab irato*, 622 ; — civile, 222 ; — de chose adirée, 231 ; — *ex delicto*, 222, 238 ; — *of detinue*, 230, 1, 231, 4 ; — *duc vel dota*, 132 ; — de force, 258, 5 ; — de loi apparente, 202 ; — mixte, 239, 3 ; — *monumentariæ possessionis*, 252, 2 ; — de nouvelle dessaisine, 258, 5, 267, 275 ; — de nouveau trouble, 276 ; — en nullité, 771. Cf. nullités ; — Paulienne, 519, 5 ; — *de re praestita*, 222 ; — de simple saisine, 277, 285 ; — spolii, 254 ; — *of trespass*. 232, 3, 266, 5, 458 (*on the case, of assumpsit*) ; — de vol, 228, 231*.
actions en justice : mineurs, 163, 184, 193 ; — femmes mariées, 97.
actions mixtes, 239, 3 ; — pénales, 228, 232, 534, 1 ; — pétitoires, 257, 771, 1 ; — personnelles, 239 ; — possessoires, 164, 236, 266*, 286, 626, 760 ; — propriétaires, 281, 4, 394 ; — réelles, 164, 223, 239*.
adfatimus, 648 et suiv., 675, 682, 727, 728, 5. Cf. affatomie.
adhéritance, 324, 560, 3, 570. Cf. nantissement, œuvres de loi, etc.

actions d'hérédité, 625, 630.
adjectio, 214, 2, 371, 378, 1, 636, 3.
adjudication, 559*.
administration. Cf. organisation, 117, 162, 175. 176, 177.
admittance, 351.
adoption, 70, 104, 140. 144*, 584, 651, 668.
adramire, 422. Cf. *arramir*.
adslipulatio, 534, 1.
adultère, 53, 59, 65, 67, 70, 92, 109, 402, 420, 514, 2, 744.
advenlice (mari), 764, 1; — (bien), 121, 8, 769, 2.
adveu, 234, 1, 236, 2, 280, 6.
advocare, 234, 1.
advocatus, 153, 155, 160, 185, 495, 3, 655.
aerarium, 495.
affatomie, 584, 647*. Cf. *adfatimus*.
affiches, 558.
affiliation. Cf. affrérissement, 148, 677.
affinitas. Cf. alliance.
affouage, 361, 863.
affranchissement, 641; — des serfs, 613.
affrérissement, 768. Cf. affiliation.
agenciamentum, 747.
agnation, 4, 86, 657.
agnats, 161, 582, 593, 664.
agramire. Cf. *adramire*, 226, 2*, 418, 7.
agrimensor, 245, 4.
ainesse, 582, 583, 591, 1, 595, 606, 2, 610, 2, 616, 644, 680, 688, 7, 690, 698, 3, 708, 712, 713, 733, 734, 1, 739, 746, 763, 778, 6, 831, 4, 853.
ajournement, 281, 394, 3, 504.
albanus. Cf. aubain, 836, 3.
aldiones, 129, 2.
aliénés. 194, 6, 349.
aliénations, 153, 162, 1, 171, 181, 196, 306, 354, 370. 698; — de biens immobiliers, 200; — entre vifs, 207; — *mortis causa*, 325; — nécessaires, 635; — testamentaires, 209, 645*.
aliments. 4, note 6, 199, 134, 135, 549, 8, 686, 709*, 710, 2, 771. Cf. bail à nourriture.
alleu, 132, 7, 199, 288, 1, 321, 325, 332, 335, 358. 392, 6, 569, 6, 582, 604, 627.
alliance, 49.
allivrement. Cf. taille.
allmend, 246, 1, 864, 5.
alloué, 498.
alodis, 206, 590, 592. Cf. alleu.
Altentheil, 687.
ambassadeur, 433.
amende, 120, 234, 2, 251, 5, 252, 4, 346, 414, 425, 432, 497, 2, 514. 521, 1, 540, 6, 550, 3, 800. 1.
amende honorable, 62, 4, 470.
amerciamenta, 417.
ameublissement. 81, 6, 794, 5, 797.
amici, amis (parents), 16, 6, 165, 2, 175, 4, 181, 6, 381, 383, 730, 2, 737.
amodiation, 356, 2.
amortissement (droits d'), 871.
an et jour, 97, 232, 1, 261, 264*, 283*, 292*, 349, 393, 416, 479, 4, 507, 552, 614, 649, 650, 658, 742, 757, 795, 809, 4, 839, 6, 842.
an de deuil, 741.
anatocisme, 433.
Andelang, 310, 3, 315, 2, 334.
âne (chevauchée de l'), 93, 3.
Aenefang, 126, 229, 5, 231, 4, 239, 4, 627.
Aenerbeurecht, 168, 4, 595, 5, 596, 2, 688.
anevelle, 167, 4, 168, 4.
animaux, 402, 408, 520, 545, 548, 1, 549, 854, 2.
animus, 259.
anneau, 14, 16, 7, 346, 424, 441, 668.
année sabbatique, 513, 2.
annus gratiae, 659.
anoblissement, 143, 1. Cf. lettres de noblesse.
Ansedel, 591.
Anstall, 864, 5.
Antefatto, 747.
antichrèse, 473, 565, 1.
antidate, 572, 3.
antifactum, 716, 732, 747.
apanages, 244, 566, 598, 680, 693, 695, 700, 1.
appel de larcin, 231.
appel comme d'abus, 58, 876, 1.
applégement, 236, 2, 277, 1, 279, 5, 529.
appréhension, 307, 318; — saisine, 260; — *vi aut clam*, 261.
apprentissage, 512.
aprisio, 214, 2, 288*, 511, 839, 6.
appropriances par bannies, 327.
arbitrage, 151, 424, 512, 594, 4.
arbitres, 557, 4; — de famille, 73, 6, 75.

arbores cognationum, 602, 3.
architecte, 575, 2.
Arimannie, 212.
armoiries, 129, 146.
arras, 747, 2. Cf. arrhes.
arramir, 427.
arramitio, 427*.
arrérages, 306, 360, 478, 2, 481, 513, 796, 1, 798.
arrêt, 526, 658, 567, 3, 842; — du cadavre, 516.
arrestum sane, 181, 6.
arrhes, 14, 16, 7, 22, 426, 441, 454, 1, 500, 8, 668, 717, 747.
arsin, 415.
Articles organiques, 862, 2, 872, 1.
ascendants, 170, 176, 209, 586, 602, 605*, 617, 686, 689, 708; — garde noble, 173.
asile, 401, 402, 516, 3.
assassinat, 402.
assemblées du clergé, 862.
assurements, 401, 414, 447, 515, 5. Cf. *securitas*.
assiette, 484, 3, 563, 821, 3,
assignat, 482, 563, 766, 568, 5, 743, 8, 747, 5, 774, 4, 824, 3, 829, 3.
assignats, 562, 2, 579, 2.
assignation, 504, 744.
assistance publique, 615, 872, 1.
associations, 247, 860, 865*.
assultura, 418.
assumpsit, 456. Cf. action.
assurances, 736; — dotale, 733; — sur la vie, 467, 3.
asto, 405.
astreinte, 515, 870.
Atalikat, 113, 3, 145, 1.
aternoiement, 527, 4, 537, 5.
attachiamenta, 530.
attorné, attorney, 462, 497, 2, 498, 6, 754.
attornement, 348, 1.
attourné. Cf. attorné.
aubanie, 132, 287, 2, 615, 685, 1, 621, 660, 835.
Auflassung, 294, 310, 332, 334, 562, 2, 669, 683, 741.
augment de dot, 442, 724, 1, 732, 3, 736, 740, 747*, 764, 775.
aumône, 566, 654, 659, 840, 1, 856, 4.
aumônier, 656.
authenticité (des documents), 460*, 555; — des sceaux, 462.
Authentiques: — *omnes peregrini*, 842; — *praeterea*, 613; — *sacramenta puberum*, 188, 449; — *sed hodie*, 62; — *si qua mulier*, 773.
autorisation maritale, 95, 722, 750, 756, 793, 3, 798, 803, 3, 805; — de justice, 92, 113, 5, 801.
autorisation paternelle, etc. Cf. puissance.
aval, 530.
avancement d'hoirie, 210, 638, 607, 796.
avantages nuptiaux, 81; — successifs, 704 et suiv.
aventure, 416.
aver, averium, 203.
aveu, 43, 136.
aveugle, 193, 662.
avis de justice, 99; — des parents, 193, 195, 760, 831, 839, 6; — du père, 119.
avocats, 376.
avoltres, 105, 3, 131, 1.
avortement, 106, 2, 111, 5.
avoué, 497.
avouerie des églises, 862.
aysina, 331, 1.

bagues, 205, 4, 748, 752, 816, 2.
baguette, 165, 169, 506, 7.
bail, cf. tutelle, garde, baillistre, 177, 191, 5, 540, 1, 661, 826.
bail, 568, 6, 652; — de la cède, 322, 339; — à cens. V. censive; — à complant, 512; — à convenant, à domaine congéable, 357, 512; — féodal. Cf. fief; — à ferme, 511; — judiciaire, 558, 577; — à nourriture, 180, 3, 483, 647; — à rente. Cf. rente.
bail emphytéotique, à long terme, 356, 357.
bailleur, 181, 4, 205, 3, 260, 1, 275, 8, 347, 395, 547, 796, 1, 807, 5.
bailli royal, 250, 2, 524, 3, 549.
bailliage, 578, 4.
baillie, 459.
baillistre, 170, 652, 790, 3, 807, 3. Cf. bail (tutelle).
baiser de paix, 449, 676, 5.
bajulus, 169, 5.
ban, 280, 2, 523, 541, 548, 4. Cf. *missio in bannum*; — de l'empire, 414; — de mariage, 26, 31, 39; — du roi, 294, 419; prise de —, 292, 5, 330; —

seigneurial, 243; — de vendange, 243.
banalités, 205.
bandit, 854. Cf. banni.
banlieue, 187.
banni, 529. Cf. bannissement.
bannies, 328.
banniment, 541.
bannissement, 194, 5, 413, 417, 470, 615, 5, 834, 2, 837, 5, 854*.
bannitio, 522.
bannus, 293, 411, 2, 540, 6, 541.
banque, 472, 489, 511, 513.
banqueroute, 287, 2, 519.
baptême, 48, 852.
bargain and sale, 352.
bargus, 416.
baronnie, 596, 1, 597, 2, 737.
barragania, 85, 567, 5.
barre, 464.
bâtard, 104, 2, 127, 588, 1, 617, 620, 685, 801, 853, 3, 856, 1; — hors de pain, 134, 3; — ne succèdent pas, 130, 135; — nul n'est bâtard de par sa mère, 131, 135, 4. Cf. enfants naturels.
bâtardise (droit de), 131, 134, 135, 615, 621, 660.
bateice, 361, 5.
bâtiment, 203.
bâton, 260, 318, 325, 411, 415, 432.
baux à long terme. Cf. bail, emphytéose.
bedal, 218, 3.
Beilager, 23, 6, 741.
Beisitz, 632, 7, 720, 726, 736, 764.
Beispruch, 381, 671, 5, 700, 5.
bénédiction nuptiale, 24, 79.
bénéfices. Cf. fiefs. — époque franque, 652, 656; — ecclésiastiques, 132, 264, 3, 273, 5, 279, 3, 305, 363*, 620, 730, 744, 6, 833, 846, 861.
bénéfice d'âge, 191; — de cession d'actions, 535, 539; — de discussion, 533*, 528, 558; — de division, 535, 538, 645; — d'émolument, 782, 1, 793, 3, 817, 2, 828*; — d'inventaire, 466, 2, 518, 3, 558, 625, 631*, 642, 1, 685; — de minorité, 187; — du Velleien, 157.
bénéficier, 730, 2, 652.
beneficium, 730, 2, 239, 4.
benlages forales, 747.
bétail, 514.
bête en dommage, 520, 547.
bibaria vini. Cf. vin du marché, 444.
bien de famille. Cf. propres, 206*, 381, 396, 1, 693, 5, 726, 1, 714, 733, 739, 763, 764; — de souche, 695, 2.
biens adventifs, 770; — communaux, 863; division des —, 198; — dotaux, 719; — de mainmorte, 862; — des mineurs, 162; — nobles, cf. fiefs, 862, 2, 874; — vacants, 214, 287, 4, 870, 874; — à venir, 670, 683, 633, 730, 740; — de l'Eglise, 862, 2, 872, 1, 876, 5; — de mainmorte, cf. *h. v°*; — nationaux, 862, 871, 872, 1.
bifang. Cf. *aprisio*.
bigamie, 50, 80, 2, 420.
bijoux, 752, 767, 827.
billet en blanc, 489; — à domicile, 492; — à ordre, 489; — au porteur. Cf. titres.
bocland, 345, 1.
bois. Cf. forêts; usage des —, 360.
bonne foi. Cf. possession, prescription, 233, 238, 260, 3, 298*.
bonnet vert, 527.
borde, 857, 8.
borh, 435, 528.
bornage, 244.
borough english, 597, 1, 642, 2.
bourgage, 358, 380, 1, 393, 5, 757, 758, 759, 1.
bourgeois, 33, 4, 176, 372.
bourgeoisie, 620.
bourreau, 615, 5, 846, 856, 1.
bourse, 513.
brandon, 552, 7, 558. Cf. saisie.
bref, 267, 270, 420, 465, 6, 754, 760, 2; — *of entry*, 627; — de mariage encombré, 267, 2, 759; — de nouvelle dessaisine, 267; *de recto*, 270. Cf. *writ*.
brelan, 856, 1.
brevets, 200.
Bréviaire d'Alaric, 59, 771.
brocard, 437.
bris (droit de). Cf. *lagan*, naufrage, 217, 4, 470, 837, 1.
bureau de bienfaisance, 875.
Bürge, 529.
Burgondes (lois des), 95; — (communauté de famille), 386, 4.
butin de guerre, 215, 702, 4.

cabeçalero, 655.
cachet (cf. lettres de —), 62, 114, 3, 194, 5
cacoux, 859. Cf. cagots.
cadastre, 578, 5, 634 1.
cadavre. Cf. arrêt, 412, 516.
cadeaux de noces, 607, 4, 702, 732, 748, 764, 770, 1.
cagots, 859.
calamus, 433.
calomnie, 58, 1, 497, 6.
camera, *camerarius*, camérier. Cf. chambrier.
campagnes. Cf. plat pays, communauté d'habitants, paroisses, etc.
campsores, 492.
canon. Cf. colonat, 506*.
Caorsins, 474, 848.
capacité des enfants en puissance, 118; — en matière de fiançailles, 20; — des femmes, 151, 158, 804, 4; — des mineurs, 181.
caparra, 443.
caplerator, 528, 3.
capot, 859, 1.
captation, 640, 660, 708.
captio, 518, 543, 545, 4.
captivité, 67, 7.
captura. Cf. *aprisio*.
Carolingiens, 700, 1.
carta. Cf. *charta*, chartes, 17, 115, 431, 437, 452, 459, 460, 4, 486, 488, 4, 515, 522, 562, 4, 647, 717, 4.
cas fortuit, 398, 425, 542, 1.
Cas royaux, 274.
cassatura, 457.
castra jurabilis et reddibilia. Cf. fiefs, 734.
castration, 37, 1.
casus apostoli, 51, 4; — *novitatis*, 263, 4, 276*, 504, 504, 5; — *regis*, 601.
catallum, 203, 1, 523.
catteux, 201*, 516, 1.
cause de l'obligation, 456, 467*; — pie, 704.
cautio indiscreta, 468.
caution. Cf. cautionnement, fidéjussion, etc., 424, 431, 432, 435, 486, 3, 487, 552, 8, 553, 1, 556, 625, 696, 744, 754, 550, 10; — bourgeoise, 530, 6; — *judicatum solvi*, 529, 5; — judiciaire, 529, 5; — juratoire, 529, 5, 538; — *de rato*, 498; — ressèante, 530, 6; — *stare juri*, 529, 5; — solidaire, 538.
cautionnement, 102, 155, 174, 176, 177, 182, 3, 273, 278, 3, 282, 399, 445, 505, 3, 578, 545*, 558, 567.
cawerfeda, 668.
cède, 305, 322, 2. Cf. *scheda*.
cédule hypothécaire, 578.
ceinture, 526, 631.
célébration du mariage, 9, 32.
célibat, 615, 5; — ecclésiastique ecclésiastique, 50, 6.
celle, 637.
cens, 205, 360, 425, 478, 482, 1, 652, 774, 2, 796, 1.
censitaire, 660. Cf. cens, censive. Cf. roture, 132, 7, 199, 219, 250, 1, 261, 1, 269, 1, 288, 1, 316, 355, 358, 372, 569, 581, 606; — ensaisinement, 261, 316; — prescription, 305.
censure ecclésiastique, 21.
census capitis. Cf. capitation, chevrage, etc.; — *consignativus*, 481; — *constitutivus*, 481; — *reservativus*, 481.
centaine, 408.
ceps, 522.
cerquemanage, 244, 5.
certification des bannies, 328.
certificateur de caution, 530, 6.
cession de bail, 511; — de biens, 526*, 632; — de créances, 483*, 505, 7, 542, 5, 558, 1, 576.
chambre garnie, 816, 2.
champart, 243, 796, 1.
champion, 150, 3, 267, 163, 601, 856, 1.
chancellerie pontificale, 450, 849.
change. Cf. lettre de change, 491.
changement de famille, 88, 91; — émancipation, 125; — enfant naturel, 130; — femme, 152.
chanteau, 507.
chapel de roses, 593, 756.
chapitre de chanoines, 872, 1.
charge. Cf. fonction, etc., 677, 873.
Charité de Lyon, 616, 4.
charoena, 418.
chartre privée, 114, 433, 523, 531.
chasse, 205, 2, 212, 2, 218, 6, 244, 291, 633, 3, 774, 6.
chattel. Cf. *catallum*, 203, 431, 713; — réel, 205, 3.
châtelain, 501.

chedel, 160, 2.
chemins, 219, 266, 2.
cheptel. Cf. *catallum*, 203, 510, 512.
chevage. Cf. capitation, 131, 7.
chevalerie, 125.
chevance, 676.
chevauchée de l'âne, 61, 5.
cheveux, 110, 3. Cf. coupe.
chien, 406, 1, 410, 417.
chirographum, 591.
chrenceruda, 309, 411, 521, 589.
chrestiaa, 859, 2.
christianisme, 6.
christianitas, 417, 4.
cimetière, 859, 2.
claim, 276.
clameur de haro, 271.
clamor, 223, 2, 276, 656.
classes de la population, 835.
clause codicillaire, 647, 661; — de constitut, 341; — de dessaisine-saisine, 339, 340; — dérogatoire, 664; — de fournir et faire valoir, 479, 3; — à ordre, 488; — pénale, 21, 439, 505, 9, 654; — au porteur, 488; — de précaire, 341; — de style, 637, 813, 4, 822; — valeur fournie, 492; — de voie parée, 555, 5, 576, 1.
clauses du contrat de mariage, 792. Cf. emploi, remploi, reprise d'apport, etc.
clerc. Cf. clergé, 524, 530, 6, 620.
clés (les), le roi, 472.
client, clientèle (romaine), 530.
clôture, 244.
clubs, 860, 1.
coauteurs, 403.
Code d'Hammourabi, 716.
coffre, 769.
cofidéjusseurs, 835.
cognat, cognation, 4, 46, 582, 594, 604, 693.
cognitor, 499.
collaboratio, 725, 725, 5.
collatéraux, bail des —, 170; succession des —, 57, 586, 3, 587, 601, 607, 1, 609*, 627, 3, 629, 689, 707, 710, 713.
collecteurs d'impôts et de la taille, 687.
collège. Cf. corporations, 748, 749; — (enseignement), 873.
collégiale, 869.
colonat partiaire, 279, 1, 512.
colonges, 594.
colonies agricoles, 511, 839, 1.
comestores. Cf. garnisaires, 553.
comitatus germanique, 808, 6.
comitatus. Cf. comté, 748.
command, 488, 490, 1, 494, 2.
commandite. 510*, 828, 4.
commendatio, 425.
commerçants. Cf. marchand, 233, 631, 812, 6; — femme, 805. — mineur, 188.
commerce, 473, 3, 519; choses hors du —, 211; — illicite, 49; — avec des esclaves, 82.
commissaire, 554, 558; — priseur, 551, 3.
commission. Cf. mandat, 494, 2, 518, 2.
commixtio, 23.
commodat, 221*, 231, 233, 1, 426.
commodataire, 228, 232, 1.
Common law, 98, 2, 750, 752, 1.
commorientes, 506.
Communauté. Cf. famille, copropriété, association, etc.; — agraire, 372, 2; — d'acquêts, 729, 792*; — d'administration, 761; — conjugale, 540, 585, 604, 2, 620, 675, 676, 735, 739, 758, 763, 765, 4, 767, 775, 777 et suiv., 779, 830*; — continuée, 117, 175, 759, 790, 3, 808*; — conventionnelle, coutumière, 792; — de famille, 116, 157, 207, 6, 200, 506, 584, 586, 4, 596, 610, 632, 641, 642, 686, 692, 722, 729, 5; — de frères, 632, 778, 6; — d'habitants, 863; — religieuse. 674. Cf. ordres religieux, 865, 869, 871, 1, 872, 1; — rurale, 865; — serviles, 506; — taisible, 506*, 632, 647, 788*, 808; — universelle, 777, 790, 794, 5, 802; — de village, 410, 582, 592.
communaux, 199, 214, 242, 335, 362, 863.
communia, 288.
communio, 864, 5; — *bonorum*, 808, 6.
communis facultas, 722, 5.
compagnie, 506*. 511*, 784, 866, 1; — coloniale, 866, 1.
compagnon, 506, 8.
compagnonnage germanique, 110, 3; — du devoir, 864, 5, 866, 3.
comparatum. Cf. acquêt, 592.
compensation, 399, 450, 490, 1, 513, 3.

complainte, 258, 3, 263, 1, 275, 279*, 286, 482, 1, 741.
complant. Cf. bail, 512.
complicité, 407*.
composition. Cf. *wergeld*, 19, 96, 1, 108, 3, 153, 6, 162, 164, 232, 401 et s., 410*, 422, 425, 436, 440, 502, 515, 544, 641, 4, 720.
compromis. Cf. arbitrage, 499, 512, 633, 4.
comptes (reddition des), 516.
concile de Trente, 20, 28.
concordat, 519, 528, 862, 3, 872, 1.
Concordat de 1801, 862, 3, 872, 1.
concours des délits, 402.
concubinage, 85, 680.
concubinat, 84, 128, 567, 5.
concubine, 407, 567, 674, 567, 5.
condictio, 453.
condition, 685; — casuelle, 610; — potestative, 610; — résolutoire, 505*, 561; — tacite, 450; — illicite, 712, 1.
condition sociale, politique des femmes, 147; — des femmes mariées, 91; — des enfants, 108, 128; — des bâtards, 127*, 134 Cf. *h. v°*.
conduit. Cf sauf-conduit, 353, 2.
confessio, 654.
confirmation, 653, 1, 778, 782.
confiscation, 215, 287, 416, 473, 522, 552, 4, 558, 2, 614, 2, 660, 741, 804, 841, 4, 853, 4.
congrès, 43. Cf. impuissance.
conjoints, 620, 660, 674, 703; — noble, 814, 827; — survivant, 613*, 616, 757, 808.
conjure, 318, 1, 325.
conquêts. Cf. acquêts, communauté conjugale, 81, 206*, 209, 676 725, 729, 739, 741, 758, 761, 762, 764, 784, 2, 785, 2, 789, 795, 796, 802, 815*, 822, 1.
conredia, 483.
consanguins (parents), 612.
Conseil de ville, 165, 332, 509, 671.
conseil de famille, 107, 1, 126, 182*; — judiciaire, 196; — de parents ou voisins, 41; — de tutelle, 182, 2.
consentement, 19, 23, 421; — dans les contrats (vices, etc.), 35; — mutuel (divorce), 73; — des parents aux aliénations, 207, 381*; — aux fiançailles, 14, 17, 21; — au mariage, 37, 120, 126, 152, 622, 720; — du roi au mariage, 40; — du seigneur au mariage, 40; — du tuteur au mariage, 39, 180.
conservateur des hypothèques, 578.
considération, 456, 467.
consignation, 821, 3.
consommation du mariage, 23.
consortes, 371, 2, 372, 2.
constitut, 453; — possessoire, 322, 335*.
Constitution de 1791, 31.
consuetudo (redevance), 840; — pagi, 719.
consuls diplomatiques, 847; — de mer, 847; — des villes, 530, 747, 4, 847.
contestation en cause. Cf. *litis cont.*, 504, 5.
continuation de la personne, 583, 623, 644.
contrados, 621, 635.
contraintes, 545, 573, 3.
contrainte par corps, 156, 1, 230, 483, 523*, 535, 537, 5, 550, 642, 683, 847, 849, 4.
contrafatto, 747.
contrat, 397 et suiv., 420*, 452, 685, 687, 694; — entre époux, 100, 7*, 675, 750; — exécution, 620; — formel, 421, 427, 456, 665; — garantigié, 555, 4; — innomé, 457, 502, 687; — mariage, 326, 491, 3, 589, 593, 638, 4, 679, 681, 683, 689, 738, 741, 4, 746, 771, 774, 793, 3, 794, 833, 3; — des mineurs, 184; — mohatra, 476, 1; — pignoratif, 560*; — réel, 421*, 427, 456, 658; — triple, 476, 1.
contre-augment, 702, 736, 749, 775, 6.
contre-engagement, 276, 3.
contre-lettre, 795, 1.
contremand. Cf. procédure, 276, 3.
contrepan, 540, 6.
contrôle, 462, 559, 5, 572, 3, 673.
contubernium, 83, 407.
contumace, 293, 416, 517, 522.
convenances vainquent loi, 245, 5, 454.
conventions. Cf. contrat, 452, 500, 791, 4.
conventus, 312.
copropriété. Cf. communauté, indivision, etc., 4, 110, 199, 246*, 686, 693, 699, 700, 729, 797, 2; — familiale, 581, 786, 1; — à mains unies, 246, 631, 700, 1, 781.

copula, 20, 23*.
Copyholds, 351, 354, 655, 3, 732, 3.
corodies, 483, 5.
corporations, 183, 412, 841, 853, 860, 864*.
corporation sole, 859, 3, 861, 4.
corps et communautés, 859, 864*; — corps de métier, 506, 865, 866.
Corpus juris civilis, 259.
corpus. Cf. personne morale, 509, 861, 4.
correction (droit de —), du mari, 92; — du père, 113; — du tuteur, 180.
corredum, 721.
coseigneuries, 596, 1.
cotterie. Cf. roture, 175.
coucher (des époux), 24.
coupe de cheveux, cf. *barbatoriae, capillatoriae*, 190, 1, 437, 703.
coups et blessures. 406.
Cour échevinale, 324, 660, 744, 751; — d'Eglise, 35, 57, 440, 2, 449, 459, 470, 517, 655, 656, 743, 1, 751. Cf. officialité; — d'équité, 483, 688, 752; — — féodale, 320, 322, 593, 4; — laïe, 450.
course (peine), 61, 416.
courtage, 518, 2.
courtoisie d'Angleterre, 352, 355, 726, 736*, 752, 841, 4.
coutumes d'égalité parfaite, de simple égalité, de préciput, 639*, 688, 690, 711; — de nantissement, 81, 569; — souchères, de côté et ligne, de simple côté, 209, 390, 610*.
Coutumes de Reims, 761; — de Toulouse, 771.
Coutumiers de Normandie, 754.
coutumier (homme), 784, 3, 840, 1.
covenant, 456.
crainte révérentielle, 36, 4.
créance, 761.
créancier gagiste, 222.
créanter, 454, 459.
crédit foncier, 541, 579.
criées, 541, 554, 559*.
crime atroce, 53.
croisés, 305, 460, 527, 4, 564, 1, 748, 2, 815.
croix. Cf. bornes, 244.
culte catholique, 862, 3; — protestant, 862, 3; — israélite, 862, 3.
cumul des peines, 402; — de la quotité disponible et de la légitime, 710.
curatelle, 82, 196*, 518, 2, 620.
curateur, 182, 192, 197, 575, 614, 764, 855; — à succession vacante. 614, 2.
curé, 28, 52, 53, 661, 662, 833. Cf. paroisses, clergé, etc.
curia mercatorum, 453.
custodia, 211. Cf. garde.
cwide, 655, 659.

dames de fief, 151, 2, 593, 4, 737, 3.
décalvation, 416.
décanie, 531, 5.
déclaration de grossesse et d'accouchement, 136 et suiv.; — d'hypothèque, 304, 6, 576; — de majorité, 186, 2.
Déclaration d'avril 1664, 773.
déconfès, 615, 5.
déconfiture, 518*, 541.
décret (judiciaire). 177, 6, 181, 187.
Décrétales — *Naviganti*, 477, 4; *super specula*, 475, 4; — *Tanta vis*, 141; *Quoniam*, 298, 6; — *Vigilanti*, 298, 6.
Decretio Childeberti, 600.
dédit, 442.
deductio in domum mariti, 19.
deed, 126, 456, 459, 460, 1, 462, 4, 661; — *of grant*, 354.
défaut, 447, 4, 541, 632.
défense (terres en), 547.
defensor, 148, 5, 160, 2, 164, 2, 167, 4.
degrés de parenté, 609.
déguerpissement, 288, 1, 308, 479, 482, 1, 576, 649. 653.
délai, 502; — d'an et jour. Cf. an et jour; — de grâce. Cf. terme.
délaissement, 566, 576.
délit, 108, 134, 4, 153, 5, 184, 400-414, 423, 425, 502, 505, 3, 514, 520, 532, 1, 543, 772, 814; — des époux, 800, 812, 4; — flagrant, 226, 232, 2, 271, 402.
délivrance, 502.
demande de chose emblée, 231.
démence, 193*, 620, 660.
demeure, 296, 476, 514, 549.
demi-sang, 611.
démission de biens, 193, 687*.
demurrer of the parol, 165, 1.
denier à Dieu, 443, 454. Cf. rentes, 482.
deniers du roi, 414, 415, 424, 550, 10, 554, 575, 632, 3.

denization, 846.
dénonce, 775.
dénonciation évangélique, 53, 453; — de nouvel œuvre, 286.
deodand, 409.
dépens, 411.
dépossession, 274.
dépositaire, 221, 231 et suiv.
déposition, 470.
dépôt, 220-238.
dépouille, 686, 2. Cf. *jus spolii*.
deresne, 455.
déshérence, 214, 614*, 841.
déshéritance, 318, 4.
désaveu, 105.
descendants, 588*, 618, 635, 3, 708.
desponsatio, 37.
dessaisine. Cf. nantissement, œuvres de loi, etc., 268, 274, 317; 335, 339, 609, 3, 610, 741, 4.
dessaisissement d'un meuble, 221, 229; — d'un immeuble, 659, 673, 678, 687.
destin, *destinatio*, 647.
destination du père de famille, 371.
détenteur, 249, 259, 284; — pour autrui, 269.
détention, 576.
déteur, 552.
détraction, 849.
dettes, 685, 796; — de la communauté, des époux, 797*, 803, 817, 828; — héréditaires, 135, 172, 540, 609, 615, 623*, 630-632, 7, 639, 669, 683, 688, 694, 706, 744; rapport des —, 639. Cf. 397.
deuil, 632, 7, 749*. Cf. an de —.
devest (ou dessaisine), 317.
devise, 98, 2, 645, 5, 689, 708.
devoir conjugal, 59.
devoirs de toi, 323*.
dévolution en matière de succession, 599, 1, 612*, 676, 746, 768.
diffamatio, 57.
dilatio garendi, 502. Cf. garantie.
dilatura, 229, 411.
dime, 259, 4, 267, 7, 300, 8, 360, 389; — inféodée, 862.
Ding. Cf. Thing, 332.
directe. Cf. domaine, 558, 2, 559; — féodale, seigneuriale, etc., 300, 8; — universelle. 213, 3.
discussion (cf. bénéfice de), 534, 538, 553, 568, 9, 576.
disparagium, 86.
dispensator, 655. Cf. dépensier.
dispenses, 451, 5; — de mariage, 25, 7, 33, 2, 48 et suiv., 53, 54*, 70, 2.
dissolution du mariage, 64.
distraction, 550.
distress, 543.
distribution par contribution, 541.
distributor, 655.
districtio, 543.
dita, 510.
divers lits, 699, 1.
divisa, 647.
divisio inter liberos, 687, 2, 689, 6.
division (bénéfice de), 538.
divorce, 32, 64*, 73, 6, 194, 677, 1, 721, 729.
dol, 405, 425, 437, 449, 466, 469, 541.
domaine éminent, 242; — utile. 695; — congéable, 246, 357. Cf. bail.
domaine de la couronne, 199, 563, 565, 1, 591, 2, 614, 662, 737, 861; — royal, 290, 2.
domanier, 204.
domestique, 7, 108, 260, 512, 567, 5.
domicile, 91, 108, 402, 406, 419, 481, 620*, 832, 1, 847, 2, 869.
domina, 529, 3.
dominus, 242, 3.
dommages-intérêts, 21, 138, 398, 410, 412*, 472, 475, 502, 514*.
don manuel, 221, 669; — du matin, *Morgengabe*; — mobil, 761; — mutuel. Cf. don entre époux, 664, 675*, 684, 724, 2, 775, 6, 783, 816, 2, 819; — nuptial, 722; — sans saisine, 486, 1. Cf. donations.
donations, 40, 82, 135, 331, 2, 381, 459, 467, 8, 505, 8, 608, 617, 639, 640, 647, 651, 653, 1, 654, 704, 1, 708, 709, 711, 725, 741, 745, 796, 849, 5, 850, 2, 868, 7, 876, 2; — *ante nuptias*, 14, 716*, 727, 747, 771; — de biens à venir, 683*, 707, 793, 2; — à cause de mort ou *mortis causa*, 119, 655, 674, 678*, 685, 687, 689; — par contrat de mariage, 678, 684, 736; — entre époux, 449, 651, 674, 725, 760, 767, 795, 819; — en faveur du mariage, 678; — *in extremis*, 679, 705; — *mortis causa*. Cf. à cause de mort; — mutuelles, 669, 733, 761; — onéreuses, 678; — *post obitum*, 584, 651, 676,

681; — *pro anima*, 652; — *propter nuptias*. Cf. *ante n.*, 747, 2, 748, 750, 771, 2; — royales, 701, 730; — *sub modo*, 687.
donner et retenir ne vaut, 209, 431, 486, 576, 668*.
dotalicium. Cf. douaire, 717, 1, 732, 1.
dos legitima, nominata, rationabilis, 737.
dot (au sens romain), 62, 65, 116, 132, 450, 476, 566, 590, 3, 592, 593, 598, 608, 3, 622, 2, 637, 674, 679, 680, 707, 709, 714, 721*, 727, 729. 737, 747, 4, 769, 892, 812, 829; — germanique. Cf. douaire, 15, 702, 4, 716, 730, 732, 737; — légale, 718; — normande, 759; — profectice, 607.
dotarium, doarium. Cf. *dotalicium*, douaire.
dotis (libellus), 17.
douaire, 10, 62, 102, 207, 5, 231, 2, 352, 355, 494, 3, 559, 584, 598, 4, 619, 679, 706, 717, 718, 721, 725, 1, 727, 729, 3, 731, 758, 762, 764, 783, 784, 787, 795, 800; — anglais, 738, 752; — conventionnel ou préfix, coutumier, 737; — égaré, 744; — des enfants, 745*, 805; — sur douaire n'a lieu, 745, 9; — de la plus belle, 734, 1.
double (peine du), 462, 1, 505, 4, 535.
double lieu, 604, 609, 612*, 618.
dragonnades, 542.
Droit. Cf. législation, loi, etc., 154, 250, 332, 495, 761; — anglais, 291, 345, 457, 563, 691, 738, 750; — canonique, 22, 53 et suiv., 130, 251, 298, 447; — celtique. Cf. gaulois; — français privé, 1; — 14, 47; 65, 105, 127, 147, 159, 220, 255, 292, 307, 378, 400, 420 et suiv., 520, 528, 539, 543, 586, 716 et suiv, 835; — romain (cf. droit civil), 64, 155, 234, 335, 399, 464, 537, 566, 659, 674, 689, 707, 769.
droit. Cf. droits; — intermédiaire, 13, 31, 53, 72, 125, 138, 146, 183, 190, 375, 578, 616, 697, 714, 834, 848, 853, 872; — naturel, 69; — pénal, 400; — privé, 1.
droit du seigneur, 24; — de vie et de mort, 93, 106.
droits. Cf. privilèges; — féodaux, 614, 806; — réels, personnels. 87, 238, 265, 328; — régaliens, 211* (régale, *regalia*); — seigneuriaux (cf. dr. féodaux), 300. 8.
duel, 228, 239, 4, 266, 267, 427, 334, 441, 601.

earnest, 441.
eaux et forêts, 219*. Cf. forêt, domaine, etc.
échange, 426, 635, 668.
échelle (tour d'), 367.
échevinat, échevins, 460.
échoite, échute. Cf. *escaeta, eschaeta*, 682.
écoles de charité, 704 869, 873.
Edit de Chilpéric, 435, 592.
Edits. Cf. Ordonnances; — des mères ou de Saint-Maur, 605.
éducation des enfants, 120.
effets du commerce, 487.
Eglise. Cf. clergé, droit canon, etc.; — rapports avec l'Etat, 861 et s.
eigen, 242.
Einkindschaft, 146, 683, 768*.
Einweisung, 333.
élus, 687. Cf. élections.
émancipation de l'enfant, 109, 121, 191, 586, 4, 610, 6, 637, 647, 668, 680, 686, 770; — de la femme, 88; — de la femme anglaise, 81, 753, 767.
émigrés, 615, 845, 855.
empêchements au mariage, 33*; — dirimants, prohibitifs, 34, 53; — créés par les rois, 13, 3.
Empire romain, 506.
emploi, 772, 797.
empoisonnement, 65, 797.
encan. Cf. enchères, 500, 7.
enchères, 559, 566, 2.
enchère (folle), 559.
encis, 417.
encombrer. Cf. hypothèque, 540, 6, 760, 802, 5.
endossement, 491, 578.
enfant prodigue (parabole de l'), 687.
enfants, 722; — adultérins, 131, 617; — illégitimes, 127*; — incestueux, 131, 140; — légitimes, 103; — naturels. Cf. batards, 15*, 588, 616, 4, 660, 667, 674, 703, 3, 718, 3, 853, 3; — du premier lit, 79, 80, 147.
engagement, 416, 424, 553, 560, 563*, 652; — du domaine. Cf. domaine de la couronne.

engagère, 562, 2, 564, 3, 567, 2.
enquête, 463; — à futur, 463, 2.
enregistrement, 558, 6, 662, 673.
ensaisinement. Cf. transfert de propriété, investiture, etc., 261, 274, 294*, 316, 332, 564, 569.
entérinement. 469.
entiercement, 234, 2.
entravestissement. Cf. ravestissement, 676, 726, 746.
entrée, 318.
envoi en possession, 6 7*, 3, 696.
enzel, 512.
épiclère, 625, 1, 722.
épingles, 83.
épousailles, 14.
épreuves judiciriires (Ordalies), 234, 4, 424.
équité. Cf. Cour d'équité, 455.
eramme, 514, 5.
Erbe, 624.
Erblochter, 589, 682, 722.
Erbverbrüderund, 683.
erogator. 655.
erres, errements. 442.
erreur, 449; — dans la personne (mariage), 36.
esclavage pour dettes, 399, 514, 521, 522, 531.
esclaves, 407, 408, 416, 421, 502, 521, 531, 589, 599, 720, 722, 730, 764, 1.
escondit, 331, 455.
escroquerie, Cf. vol, 523.
essartement, 289, 2.
essoine, 266, 5, 497, 2.
establie, 240, 1.
estates, 242, 4, 335, 354, 3*.
estault, 331, 3, 550. 1, 553.
estimation, 566, 2; — vaut vente, 772.
estoc, 611, 2.
estreine, 732.
établissements de bienfaisance, 626; — ecclésiastiques. Cf. fondations, 862, 1, 868, 7, 872, 1; — publics, 872, 1, 859, 3; — d'utilité publique. Cf. personnes morales.
étalon, 548, 1.
état civil, 831-834*.
étrangers, 496, 3, 525, 2, 527, 7, 529, 5, 530, 3, 545, 835, 849.
étude, 367, 2.
étudiants; 871, 3.
evelganc, 617, 686.
éviction. Cf. garantie, 502*, 577, 742, 771.
exceptions, 505, 10; — *non numeratae pecuniae*, 468, 2; — *spolii*, 254, 276, 2. Cf. 467.
excès, 417.
exclusion des femmes de la succession, 778.
excommunication, 53, 2, 453, 470, 516, 524, 3, 532, 569, 1, 647, 2, 837, 3, 855.
exécuteur testamentaire, 544, 7, 518, 3, 540, 641, 5, 651, 654, 673, 684, 693, 873, 4.
exécution. Cf. saisie, 513, 579; — parée, 555; — sur la personne, 399, 521.
executor, 655.
exfestucatio, 310.
exhérédation, 39, 593, 6, 621, 658, 701, 707, 721, 747, 778, 6.
exil. Cf. bannissement, 416, 523, 6.
exlex. Cf. *outlaw*, 853, 2.
exogamie, 53.
expert, 366.
expleta, 268, 3.
exploit. Cf. *expleta*, 285, 558.
expouse, 246, 3.
exposition des enfants, 106, 3.
expropriation forcée, 215, 287, 4, 554*.
exterminer, 854, 1.
exurement, 331, 3.

fabrique, 616, 4, 862, 869, 1, 872, 1.
fabula, 431.
facultas, 539, 6, 624, 722.
Facultés de droit, 872, 1.
faderfium, 721, *728.
faible d'esprit. Cf. interdiction, 194.
faida. Cf. guerres privées, 401.
faillite, 519*, 550, 8, 632, 645, 691, 2.
Falcidia (loi). Cf. légitime, 707.
familia, 409, 1.
familiae emptor, 649.
famille, 3, 199, 397, 401.
fasaña, 214.
fastar, 208.
Faustrecht, 545.
faute, 398, 405, 506, 541.
fauteur, 403.
faux (actes), 420.
federwät, 727.
félonie, 227, 5*, 417, *615, 5.
feme sole, covert, 753.
femme. Cf. fille, veuve, capacité, ma-

riage, etc., 152, 524, 530, 3, 588, 590, 596, 620, 672, 702, 3, 750; — authentiquée, 62; — autorisée, 465, 469; — germaine, 148, 3; — répudiée, 65, 6; — tutrice, 289, 291.
fente (successions). Cf. Propres, 209, 582, 604*, 617.
feodum. Cf. fief, 203, 3, 269, 1.
feoffment with livery of seisin, 346.
fers. Cf. ceps, 522.
fermausa. Cf. *firmare*, *firmancia*, 435, 528.
ferme des impôts, 511.
fermier des impôts, 733, 1; — reintégrande, 278, 1; — saisine du, 260, 1.
ferquido, 668.
fesluca, 310*, 427-432*, 496, 4, 515, 533, 534, 548, 759.
feumain, 542.
fiador, 528, 3.
fiance, 445*, 532.
fiançailles, 14*, 427, 441, 717, 718, 720, 730, 748, 761. Cf. 213, 2.
fidéicommis, 649, 690*, 693; — *familiae relictum*, 693.
fidéicommissaire, 655.
fidéjussion. Cf. cautionnement, 312, 2 et suiv.
fides facta, 421-427*, 496, 532, 548, 658; — *plivita*. Cf. *plivium*, 447.
fiducia, 541.
fiefs. Cf. bénéfices, féodalité, seigneuries, etc., 168 199, 260, 424, 426, 554, 558, 562, 564, 565, 569, 6, 581, 587, 4, 592, 594, 1, 596, 605, 607, 6, 613, 626, 627, 637, 667, 693, 699, 705, 732, 733, 737, 739, 757.
filiation, 127. Cf. enfants.
filles; — *in capillo*, 594, 1.
fils de famille, 660, 678, 685.
filtortis, 227.
fine, 348, 742, 752, 759.
finport, 207, 411.
firma, 509, 4.
firmancia, 431. Cf. garantie, caution.
firmare, 431, 435.
fisc, *fiscus*, 439, 541, 575, 587, 613, 624, 706, 877.
flagrant délit. Cf. délit, 402, 418, 520.
flégards, 214, 50.
foi (bonne), 298, 303, 456.
foi jurée, 447.
foires, 233, 474, 491, 524.
folcland, 345, 591, 2.
folie, 35, 619, 660.
folle enchère. Cf. enchère, 559.
fonction publique, 859, 863.
fondations, 765, 704, 859, 3, 868, 7, 872; — alimentaires, 874; — royales, 866.
fonds dotal. Cf. dot, régime dotal, 679.
for extérieur, intérieur, 566, 2.
forain. Cf. aubain, 546.
forban, 854. Cf. ban, bannissement.
force (Cf. violence), 505, 4; — probante, 460; — exécutoire, 460, 554, 557, 569, 1, 570, 571, 572, 5.
fordro, 227, 1, 502, 3.
forfait (de communauté), 833.
forfaiture, 566, 3.
forisfamiliatio, 122, 600, 621, 626, 1.
forisbannitio, 415, 436, 522.
forjugé, 416, 2, 853, 5.
forma doni, 255.
formalisme, 398, 421, 436*, 448, 497, 513, 527, 627, 644.
forme, formel (acte), 308, 428, 661. Cf. solennités, contrat, procédure, etc.
formules, 448, 544, 661.
forsennerie, 194, 1, 469.
fouage, 361. Cf. taille, feux.
fouet, 409.
fourches patibulaires, 416, 2.
fourmorture, 676.
fourrière, 548, 5.
fourjur, 401, 412, 626, 1.
frais, 411, 439; — funéraires, 541; — de gésine, 137; — de justice, 541.
framée, 432.
franche-aumône, 713.
frankpledde. Cf. centaine, 528, 5, 836.
fraternisation, 146.
fraternitas, 511.
fredus. Cf. *fretum*, 409, 549.
free bench, 736, 749.
freehold, 336.
frères et sœurs, 602, 610*.
friedlos, 414, 548, 1, 854.
fruits, 243, 5, 506, 7.
Fürnosseurecht, 372, 2.
furtivité, 269.
furtuna, 548, 624.

gabelle, 849.
gadiator, 655.
gadium. Cf. *wadium*, gage, 647.
gafet, gahet, 859.

gage, 399, 410, 421, 423, 424, 431, 435, 446, 455, 530, 2, 531, 533, 4, 534, 535, 540*, 550, 1, 641, 2; — *maudeant*, 541, 2, 550, 8; — mobilier, 230, 540*; mort, 475, 564, 567, 4; — vif, 564*.
gagerie, gagière, 331, 1.
gaida. Cf. *gaira*, 648.
gain de survie, 619, 675, 726, 730, 736, 764, 775, 778, 5.
gaira, 432, 433.
gairethinx, 144, 2.
galères, 473, 855.
Ganerbschaft. Cf. communauté, 584, 632, 688, 693, 699, 865.
gant. 334, 552.
garantie, 227, 244, 350, 502; — noble. Cf. bail, 173*; — roturière, 75, 120, 175; — seigneuriale, 167.
garde des sceaux petits, 460, 6.
garlande, 769.
garnisaires Cf. *comestores*, 553.
garnison, 550.
garrigues, 214, 5.
gasailha, 512.
gavelkind, 590, 596, 1, 597, 1, 598, 3, 642, 2, 739.
Geding, 431, 454.
Gemeinde, 864, 5.
genealogia, 239, 4, 693, 2.
Genossenschaft. Cf. communautés, personnes morales, 247, 864, etc.
gentry, 691, 2.
Gerade, 582, 589, 3, 642, 2, 644, 3, 764, 765, 4.
germains (parents), 612, 617.
Gessammte Hand. Cf. copropriété, communauté, etc.
gésine (frais de), 137.
gestion d'affaires, 518, 2.
gesta municipalia, 673, 717, 4.
Gewere, giwerida. Cf. saisine, 249*, 259, 265, 294, 564, 5.
gift, 716.
gilde, 865.
gisel, 647, 650, 1.
gitanos, 835.
glandée, 362.
goel, 414.
grâce (droit de), 405.
grafio, 430, 548, 549.
greffe, greffier, 325, 578, 631, 673.
grèves, 512.
grief, 469.
grillons. Cf. ceps, 522, 2.
grossesse, 104, 5, 136, 137, 3.
Grundbücher, 333.
guadium Cf. wadium; 334.
guerredon, 668, 732.
guerre privée, 266, 401.
guidage, 838, 1.
guirpitio, 320.

habitation, 749.
habous, 696.
halage (ch. de), 366.
Hammourabi, 716.
Handgeld, 441.
Handsale, 445, 446, 447, 459.
Handschlag. Cf. *Hansale*, 445, 447.
hanse, 513.
Hautgemal, 582, 591, 2.
hardes, 749.
harmiscara, 362.
haro (clameur de), 271.
hart (peine de la), 416.
haschière, 417.
haspa, 346.
Heergewäte, 582, 589, 2, 624, 2.
Henri IV, 158.
hereda, 721. Cf. *Gerade*.
hereditas, 411, 589, 2, 624.
hérésie, 21, 53, 68, 420.
hérétiques (mariage, etc.), 51, 623, 3, 859.
hériot, 623, 660.
héritage, 203, 207.
héritiers, 533, 537, 540, 558, 568, 614, 623, 647, 651, 654, 656, 667, 673, 680, 685, 702, 706, 707, 709, 712, 719, 731; — apparents, 626; — siens, 587, 612, 5, 625.
Hermandad (sainte), 747, 4.
hermaphrodites, 620, 831.
hoirie. Cf. hérédité.
hoirs du corps, 587, 625, 846, 5.
homagiali, 530.
homestead, 712.
homicide, 402, 405, 419.
hominium. Cf. hommage.
hommage, 149, 172, 446, 774, 6, 807, 3.
homme de fief, 522, 2.
honor, 321. 6.
honnêteté publique (empêchement d'), 49.
hôpital, 616, 872, 1, 874, 3, 875, 876, 5. Cf. fondations.

hospices, 865, 4, 872, 1, 873.
hôte. Cf. *hospes*, hostise, 701.
hôtelier, 440, 514, 1, 547, 3.
huchement des Treize, 328, 5.
Hufe. Cf. *Hof, Hoba*, 591, 2, 718.
huissier, 558.
hypobolon, 748.
hypothèque, 482-487, 501, 519, 542, 560, 564, 6, 566, 5, 568, 608, 630, 640, 643, 3, 661, 678, 743, 747, 775, 774; — de l'architecte, des communautés, du copartageant, 575; — de la femme mariée, 570, 2, 575, 774, 829; — du fisc, 575; de l'interdit, *ib.*; — judiciaire, 560, 7, 567, 3, 569, 570 1, 573; — du légataire, 575; — sur les meubles, 230, 235, 5; — du mineur, 570, 1, 575; — du prodigue, 196; — du tuteur, 182; — du vendeur, 575.

immatriculation, 306.
immeubles, 199, 204*, 515, 539, 602, 640, 641, 669, 694, 713, 764, 765.
impedire, 540, 5, 760.
impôt, 548.
imprescriptibilité. Cf. prescription, inaliénabilité, 305.
imprudence, 405.
impuberté, 42, 660.
impuissance, 42.
inaliénabilité du fonds dotal. Cf. dot,
incapacité, 42, 80, 650, 665, 674; — de la femme mariée, 96, 149; — du mineur, etc. Cf. *h. v°*.
incendie, 405, 416.
inceste, 420.
incompatibilité d'humeur. Cf. divorce, 65, 73.
inconduite, 622.
indemnité, 233.
indignité, 623.
indissolubilité du mariage, 67, 72.
indivisibilité des fiefs, 596; — des rentes, 482, 1.
indivision. Cf. copropriété, communauté, 246, 247, 863, 864, 5.
ineum, 534.
infamie, 412, 452, 505, 9, 855*.
infans conceptus, 620.
infanticide, 106, 2, 530.
inféodation. Cf. fief, 595.
infirmité, 619, 620.
ingénu, 33.
ingratitude, 422, 610, 677.
injure, 73, 6, 355, 531. Cf. délits.
Inquisition, 463.
insaisissabilité des immeubles, 539, 541*, 567; — des vêtements, 545.
inscription de faux, 460.
insinuation, 328, 344, 578, 662, 672, 675, 678, 684, 717, 738, 1.
insistance, 750.
insolvabilité, 471, 516, 520*, 539, 630, 7.
inspectus corporis, 43.
institution ocntractuelle, 651, 682*, 757; — d'héritier, 146, 581, 647, 661, 665, 681, 689, 707, 709.
Instruction publique, 872, 1.
instruments aratoires, 549, 2.
intention, 456; — criminelle, 405.
intercession pour autrui. Cf. Sc. Velléien, 157.
interdiction, 469, 660, 687, 696, 865.
interdit (excommunication), 870, 1.
interdonatio, 664, 675, 724, 731, 2.
intérêt (prêt à), 425, 449, 450, 467, 470*, 876, 2.
internement, 523, 6.
interruption de prescription, 303, 8.
intertiatio, 227.
intestat, 615, 5, 646.
intestia, 615, 5.
invalide, 866, 3.
investiture, 249, 261, 262, 307, 319, 340, 412, 437.
inventaire (bénéfice d'), 626, 2, 631*, 642, 644, 645, 658, 695, 710.
inventeur, 225.
invétison, 367.
ivresse, 34.

jectivus, 430, 548, 7.
Jésuites. Cf. religieux, etc., 853.
jeu, 421, 512.
jeux de hasard, 431.
jeûne, 518.
jointure, 740.
jour de garant, 502.
joyaux, 748.
jubilé, 459.
jugement, 460, 7, 524, 3, 529, 541, 557, 572, 5, 574.
Juifs, 51, 437, 472, 2, 474, 564, 1, 635, 6, 835, 846.
jumeaux, 831.

juramentum. Cf. serment, 448; — *manifestationis*, 527.
justitia, 718.
justitiarius, 207.

Khetouba, 719, 725, 1.

lacina. Cf. *viae lacina*, 430.
ladre. Cf. lèpreux, 857.
laisowerpire, 433.
lapidation, 415.
lar, 582.
larcin. Cf. vol.
launegild, 427, 457, 668.
légitime. Cf. Quarte, 583, 594, 665, 672, 690, 695, 704, 2, 706, 707*, 738, 745, 757.
légitime défense, 403.
légitimité des enfants, 59, 104.
legs, 575, 601, 624, 625, 632, 640, 644, 645, 654, 656, 657, 659*, 661, 674, 6, 684, 685, 695, 705, 709, 710, 741, 869, 1, 871.
Leibgeding, 732, 764.
Leibzucht, 687, 732, 764.
lèpre, lépreux, léproseries, 21, 859.
lésion. Cf. rescision, 185, 459, 469*, 501, 3, 632, 633, 690, 870, 2.
lettres de baillie, 459; — de bénéfice d'âge, 191; — de cachet, 62, 114; — de chancellerie, 645; — de change, 468, 2, 472, 489, 3, 491*, 524; — *de debitis*, 555, 4; — de grâce, 486, 488, 498; — d'officialité, 459; — *de pareatis*, 557; — de ratification, 577; — de réhabilitation, 527, 855; — de relief, 324, 3, 465; — de répit, 527; — de rescision, 469*, 501, 678; — de restitution, 450; — royaux, 520, 632, 645; — de saisine, 317, 2; — scellés, 460.
leudis, 411, 589, 2.
Lex commissoria. Cf. pacte commissoire, 505, 562; — *rei sitae*, 482, 1.
libelli dotis, 673, 718, 1, 724, 729.
licitation, 500, 7, 559, 635.
lien, 575.
lige. Cf. hommage, 753.
lignage, 4, 582, 586*, 601, 610.
limpieza di sangre, 858, 9.
linges, 749.
Lithauf, 443.
litis contestatio. Cf. contestation en cause, 499.
litre funèbre, 807, 3.
livres, 470, 3; — domestiques, 462, 2; — fonciers, 332, 334, 579; — de raison, 833.
lods et ventes, 482, 501, 635.
Loi *Aquilia*, 438; — *Arcadiana*, 438; — *Assiduis*, 775; — *Julia*, 158; — *Quintus Mucius*, 769; — *Si furioso*, 622, — *Si unquam*, 678.
loi. Cf, amende, 540, 6, œuvres de —. Cf. *h. v°*.
Lombarda, 474.
loterie, 512.
louage, 471, 5, 511, 547.

Main assise, 567, 3; — de gloire, 415; — de justice, 550; — souveraine, suzeraine, 282.
mainbour, mainbournie, 493.
mainforte, 701, 704, 1.
mainmortable. Cf. serf, 685.
mainmorte (biens de), 587, 761, 862, 871; — (droit de), 131, 587, 615, 5; — (gens de), 704, 1, 759, 864*.
mainplévie, 614, 1, 762.
maintenue, 283.
maisné. Cf. juveigneur, 591, 597.
maison, 5, 204, 2, 586; — Dieu, 865; — du roi. Cf. *hospitium regis* (civile, militaire), 29.
maître-valet, 512.
Majesté. Cf. souveraineté, lèse-majesté, 211.
majorat, 690*, 698, 3.
majorité (âge), 188*, 633, 3, 863, 870.
maladie, 99, 193.
maladrerie. Cf. léproserie.
malédiction, 516.
mallus, 432, 459, 521, 649.
Manda, 495.
mandat, 490, 1, 493*, 510, 620, 657, 673; — *ad litem*, 484, 498.
mandragore, 415, 597, 1.
manoir, 591, 2, 598, 739.
manse, 591, 2.
manufidelis, 655.
manufirmatio, 433.
manulevator, 528, 3.
manupastus, 529.
manus communis, 246, 1.
maona, 511, 2.
marca, 225, 2.
marchandage, 512.

marchande publique (femme), 96, 524.
marchands, 462, 2, 475, 525.
marchepied, 366.
marguillier, 869, 1.
mariage, 7, 48, 680, 706, 738, 858, 8; — barbare, 8, 9; chrétien, 9; — civil, 10; — clandestin, 26, 27, 28, 8; — conditionnel, 28, 8; consensuel, 19, 20, 23, 153, 453; — consommé, 45; — émancipe, 121, 124, 191; — mixte, 49; — morganatique, 86, 721; — par procureur, 25, 6, 28, 8; — des protestants, 30; — putatif, 58; — religieux, 8; — à terme, 71, 4, 73, 3; — des veuves, 153. Cf. secondes noces.
mariage. Cf. dot, *maritagium*; — avenant, 593, 757.
maritagium, 721, 752, 756.
marque, 221, 1, 416, 544, 2.
masca, 419.
masculinité. Cf. aînesse, succession, 583, 588*, 609, 616.
matriarcat, 5, 586.
maure, 858, 9.
medfio, 716.
mehaing (*mahamium*), 415.
meitades, 763.
melioratio, 703.
melk (terre), 695.
memoratorium, 438.
ménage, 751.
meuse curiale, épiscopale, 861,
merci, 417.
mercipotus, 444.
mère, 105, 5, 115, 120, 126, 128, 130, 161, 1, 178, 1.
mésalliances, 83, 127.
mesel. Cf. ladre, 789.
mesnie, 5, 493, 1, 518, 1.
messe, 659, 704, 871, 873.
meta, 716, 729, 732.
métayage, 512.
meubles, 199, 209, 504, 507, 515, 539*, 569, 602, 609, 613, 1, 642, 1, 640-642, 669, 671, 676, 694, 719, 730, 750, 751, 757, 760, 763, 765, 772, 774, 775.
meubles n'ont pas de suite, 234, 569; en fait de — possession vaut titre, 237.
meurtre, 53, 402, 625, 1.
meziban, 415.
mi-denier, 823.
mi-douaire, 740, 744.
militaires (ordres), 662.
mines, 216, 247.
mineur, 160, 291, 469, 528, 564, 1, 601, 660, 701, 2, 870; commerçant, 188.
ministère public, 870, 2.
minorat, 597.
minorité, 99, 727, 6.
Mischna, 398. Cf. dr. juif.
Mise. Cf. compromis, 512, 515, 633, 4.
mise de fait, 567, 3; — hors la loi, 414, 425, 430, 497, 2, 522, 497, 2, 561; — hors de pain et pot, 122.
missi, 700.
missio in bannum, 294, 541.
mithium, mitium, 408, 534, 1.
mitoyenneté, 246.
mohatra (contrat), 475.
moines, 493, 530, 3, 702, 7.
momper. Cf. mainbour, 655.
monastère. Cf. communautés, 474, 475, 484, 495, 500, 564, 615, 2, 620, 621, 652, 656, 861, 868, 4, 875.
monopole, 248.
monstres (humains), 831.
Monte dei doti, 732.
Monts de piété, 472, 475, 873, 1.
moratoria, 550
morcellement, 633.
morgengabe, 674, 6, 720*, 725, 729, 732, 740, 748, 764.
mort (peine), 64, 652; — civile, 164, 416, 619, 660, 687, 750.
mortemain. Cf. mainmorte, 507.
mort-gage. Cf. gage, 472, 569, 5, 756, 1.
mortification, 687.
mortuaire, *mortuarium*, 659, 660.
motte de terre, 309. Cf. tradition.
moulin banal, 220, 859, 1.
muets, 192, 194, 469, 620.
mund, 655.
mundium, 6, 77, 87, 103, 105, 129, 148, 160, 166, 167, 192, 203, 717, 2, 722, 729.
mundr, 717.
Mundsket, 716.
mundus muliebris, 749.
murdrum, 405.
Musstheil, 644, 749, 764, 765, 4.
mutation (droit de), 317. Cf. relief, lods, centième denier.
mutilation, 416.
Mutschierung, 635, 1, 700, 1.

Nadelgeld, 767.
nains, 192, 620, 5.
naissance. Cf. filiation, 726, 831.
namp, 535, 540, 6, 544.
nantissement, 323, 438, 482, 1, 518, 528, 540, 560*, 569, 610.
nationalité, 91, 108.
naufrage (droit de). Cf. bris, lagan, 828, 3.
nécessité, 405.
nexi, 471, 6.
nexti cantichio, 428.
Niftel, 764.
nisi, 516, 4, 568, 4.
nobles, 449, 545, 593, 6; 603, 1, 604, 2, 682, 683, 695, 696, 700, 4, 721, 732, 734, 737, 738, 739, 747, 808, 818.
nom, 92, 248, 412, 683.
Normandie. Cf. coutume, 751.
notaire, 460, 3, 460, 463, 5, 555, 570, 5, 656, 662, 663, 671, 674; — apostolique, 573.
Notherben, 704.
notitia, 438, 452, 460, 4, 486, 3.
nouvelleté. Cf. complainte, *casus novitatis*, possession.
novation, 484
Novelles; — CXVIII, 583, 601, 602.
noviciat, 850.
nullité des contrats, 40, 186, 195, 6, 464, 470; — du mariage, 56.
nuntius, 493.
nuptiae, 18.
nutritor, *nutritius*, 145, 3.

Obit, 704, 871, 5.
obligation, 238, 2, 397*; —. Cf. hypothécaire, 482, 540, 6, 566*.
obnoxiatio, 522.
occupatio bellica. 215.
occupation, 288, 614, 616, 641, 5.
odal, 591.
Œuvres de loi. Cf. nantissement, 324, 567, 3, 569, 676.
œuvres pies. Cf. fondations, 654, 861.
offices, 549, 555, 1, 620, 640, 1; — (vénalité des), 205, 459, 460, 513, 3, 529, 5.
Official, officialités, 450, 453, 459, 555, 556, 1, 557, 4.
offres réelles, 514, 2.
oncle maternel, 590.
opposition, 550, 11, 577; — au mariage, 53.
opus, *ad opus*, 294, 1.
ordi, 689.
ordinarium, 283, 5.
ordinium, 689.
ordre, 560, 576.
ordres religieux. Cf. communautés, congrégations, monastères, etc, 4, 50, 868, 3.
ornamenta muliebria, 479, 722, 724, 748.
oscle, *osculum*, 14, 717, 741, 747, 778, 6.
outlaw, 414. 416.
ouverture des testaments, 663.

pacage, 246, 3, 362.
pacotille, 510.
pacte commissaire. Cf, lex commissoria, 449, 505, 542, 545, 2, 566.
pactes, 452; — géminés, 453: — nus, 457; — successoraux, 651, 679, 687.
paiement. 472; — avec subrogation, 479, 576.
paille, 411, 552, 717, 4.
pairie. Cf. pairs, noblesse, 318, 5.
paix, 258, 402, 406, 409-414.
pallium, 25, 2.
pandare, 426.
panonceaux, 558.
pant, 540, 6.
parage, 596, 637, 700, 1.
paraphernaux, 724, 749, 752, 753, 758, 767, 770, 777, 778; — de la femme anglaise, 748, 8.
parçon, parçonnier, 676.
parcours (droit de), 246, 840.
parealis. Cf. lettres de —, 557.
parenté agnatique, 4; calcul de la —, 4, 46, 609, 612, 5; — civile, 48; — collatérale, directe, 46; — naturelle, 45; — spirituelle, 48.
parentèle, 582, 602, 618.
parents, assemblées de —; 178, 185; avis de —, 126, 178, 760, 771, 2; consentement des — aux aliénations, 207; — germains, consanguins, utérins. Cf. double lieu, 612.
pari, 512.
parjure, 402, 405, 420, 450, 451, 532.
paroisse, 136.
parole d'honneur, 421.
parrain, 48.
part du mort, 584, 652, 702, 5, 718, 2, 750.

partage, 482, 4. 575, 609, 630, 652, 688, 699, 1, 697, 730, 768 ; — d'ascendants, 699; — par souches, 600, 618; — par têtes, 600.
partie formée (accusation de), 273.
paterna paternis, 582, 604, 609.
paternité. Cf. filiation, enfants, 103 et suiv.
patibulum, 416.
patron, 530.
pâturage, 199.
pâture (dr. de vaine), 244.
paumée*, 446, 533.
pauvres, 615, 656, 869, 1, 871, 3, 873, 1, 874, 876, 1.
pauvreté jurée, 208, 742.
pays de nantissement, 569, 575.
péage, 205, 209.
pec, 620.
pêche, 212, 2, 218, 6, 291.
pécule, 118, 119.
pedicae, 522.
peines. Cf. dr. pénal; — arbitraires, 417; — infamantes, 417; pécuniaires, 398; personnelles, 411; — privées, 401, publiques, 401.
penh, 540, 6.
pensions, 549, 5.
pénitences privées, publiques, 53, 401.
père. Cf. puissance pat., successions, etc., 105, 174, 177, 740.
perquisitio, lance licioque, 225.
personnes interposées, 639, 649, 650, 655, 675; — morales, 206, 509, 621, 859*.
perte, 225, 231, 541.
pétition d'hérédité, 614, 625.
pétitoire, 255, 258.
pfant, 427.
Phantner, 512.
piae causae, 872. Cf. œuvres pies, fondations.
pignerare, 426.
pigneratio, 543.
pignus, 334.
plaie légale, 402.
plainte à loi, 567, 3.
plaisirs (du roi), 244.
plége. 435, 455, 459, 528, 1.
plégerie. Cf. plége, cautionnement, 540, 6 ; — stipulaire, 537, 6.
plenarium, 261.
plevir, 447, 762.
plivium, 529.
plume, 263, 2.
poderagium, *poderium*, 540, 6, 569, 2.
poena, 411, 439.
poil, 563.
porprisio, 288.
port, 220.
porte-fort, 529.
portio statutaria, 765, 1.
portion ménagère, 247, 2.
posse curiae, 431.
possession, 248, 542, 544, 563, 567, 2, 626, 649, 725; — annale, 264, 276; de bonne foi, 236, 258, 6; — colorée, 255; — de droit, 319; — d'état, 105, 136, 139, 832; — en fait de meubles, 237; — immémoriale, 301; — précaire, 224; — prise de — , 241, 297, 313, 333, 346; qualités de la — 303; — réelle, 241, 341; vices de la — , 256, 261, 269, 275.
possessoire, 258. Cf. petitoire.
pourboire, 443.
praeceptum, 553, 1, 591, 2.
précaire, 257, 5, 425, 651, 652.
précarité, 303. Cf. possession, prescription.
préciput, 598, 639, 644, 703, 3, 705, 712, 827; — du conjoint noble, 736.
préemption. Cf. prélation, retrait, 208*, 383.
préférence, 567, 645.
prélation, 383.
prélèvement, 823.
prérogatives souveraines, 287, 2.
prescription acquisitive, 291 ; — extinctive, 291 ; — imprescriptibilité, 425, 5, 449, 631, 6, 771, 775; — du mineur, 187; revendication mobilière, 236.
prescription d'an et jour, Cf. *h. v°*, 464, 615, 2, 742, 5; — de 10 à 20 ans, 299, 303, 464, 470, 576, 615, 2, 742, 5; — de 40 ans, 305, 870 ; — de 100 ans, 301, 305.
prêt, 470; — à la grosse, 474, 510; — à intérêt, 425.
pretium nuptiale, 716*.
prêtre. Cf. clergé, 24, 28, 31, 32.
preuve des contrats, 455, 461, 1, 460, 7; — de l'état civil (naissance, décès), de la filiation, 105, 136, 831

et s.; — légale, 463, 3; — littérale, 462*; — du mariage, 27, 1, 831 et s.; par témoins, 463, 572.
prévention, 259.
primogéniture. Cf. aînesse, majorat, 695.
prise des armes, 111, 2.
prison, 82, 273, 4, 416, 529.
privilège (en matière de créances), 502, 1, 518, 535, 542, 560, 567, 3, 568, 8, 569, 5, 575, 757, 747, 4; — du bailleur, 546; — du premier saisissant, 541, 559, 560, 7, 575; — du vendeur, 341, 4, 575.
prix, 426.
probatio (testaments), 656, 3; — *certa*. Cf. L. Salique, preuves.
procédure accusatoire, inquisitoriale, extraordinaire, 280, 2, 414; — formaliste, 421, 428, 529.
procuration. Cf. mandat 483, 8, 488, 493, 497, 498, 863.
procureur, 462, 868.
prodigues, 194, 622, 660.
profits seigneuriaux, 506, 7, 628.
promesse pour autrui, 467, 1, 494, 2; — d'égalité, 683; — de mariage. Cf. fiançailles, 20; — de vente, 500.
propres (biens), 155, 199, 206, 209, 583, 591, 592, 602, 604, 605, 5, 609, 3, 702, 735, 739.
propriété, 198; — ennemie, 215; — familiale. Cf. famille, copropriété, etc.; — littéraire, 248*; — limitée, 245, 652, 667, 694, 701, 725, 728, 741, 744, 5; — mobilière, 220-238; — personnelle, 200, 205, 658.
protestants, 855. 3; — mariage, 51, 52, 3; — puissance paternelle, 113, 4.
protimésis, 371.
protuteur, 182, 4.
proverbes, 436.
provision, 492.
puberté, 41, 193.
publicatio, (des testaments). Cf. *probatio*, 662.
publicatio testium, 462, 5.
publicité des contrats, 446; — des hypothèques, 569, 579; — du mariage, 28, 32; — du testament, 662; — de la tradition, 313, 318, 325; — de la vente, 500, 8.
pueri criniti et incriniti, 111, 2.
pugna. Cf. duel judiciaire, puissance maritale, 59, 87, 90, 770, 777, 6; — paternelle, 59, 102, 112, 712, 770, 3, 778, 7.
purgatoire. Cf. serment.
purge, 330, 482, 1, 559-560, 569, 577, 742, 747, 7,

quarantaine, 749.
quarta, 718, 2, 721.
quarte Falcidie. Cf. *Falcidia*, 661, 699, 701, 707, 781, 850, 2; — légitime, 707; — pauvre, 613; — Trebellienne ou Trebellianique, 695, 707.
querela novae dissaisinae, 267.
Querelle des Investitures., 318, 5. Cf. *h. v°*.
querelle de mort d'ancesseur, 270, 633.
questare, 522, 1.
quevaize, 597, 1.
quid pro quo, 457*.
quinquenelles, 527.
quint (et requint), 635; — datif, 705.
quittance, 457, 486, 3, 515*
quotité disponible, 616, 621, 701, 720, 731.

rabattement de décret, 560, 1.
rachat des rentes, 479*.
rachimbourgs. Cf. *boni homines*, 549.
raim, 309, 317, 318. Cf. investiture.
ramage, 611, 2, 613.
rapiau, 669.
rapine, 642, 3.
rappel à succession, 592, 601, 651, 681, 683.
rapport (à succession), 637.
rapport d'héritage, 570, 2; — de loi, 326, 1.
rapt, 37, 418, 709, 720; — de séduction, 37.
ratification, 470.
ravage, 415, 615, 5, 853, 5.
ravestissement. Cf. entravestissement, 676, 767.
réalisation, 793, 797.
real property, 750.
recel, 740, 640, 1.
receveurs des finances, 773, 1.
recherche de la paternité, 133, 136*, 139.
Rechtlos, 416.

récidive, 419.
recognitio, 266 (procédure).
recognizance, 458, 5.
récoltes, 204.
récompense, 744, 804, 818*.
recommandation des personnes (*captennium*), 436.
reconnaissance, 136, 139; — féodale, censuelle, 348. Cf. terriers.
reconvention, 513, 2.
Records de cour, 459; — de mariage, 794, 2. Cf. recors.
recouvrements (communs), 349, 742.
recréance, 282*, 559, 9.
réduction, 192, 262, 738.
Régale (droit de), 211.
régale des eaux, 219; — des forêts, 218; — des mines, 216; — du sol, 214.
regalia. Cf. dr. régaliens, 213.
Registres de l'état civil, 831*.
régime des biens entre époux, 716-830.
réhabilitation (lettres de). Cf. lettres, 862; — du mariage, 58.
reine, 734.
réintégrande, 277*, 524, 760.
reipus, 77*, 78, 590, 2, 726*.
relèvement, 331.
relief (droit de), 635, 745.
religieux. (Cf. moines, 153, 6, 350, 560, 5, 640, 660, 769, 7, 851*.
religion d'Etat, 660.
remise de dette, 528.
remainder, 246, 691.
remedium spolii, 252.
remembrement de la propriété, 378.
réméré. Cf. vente, hypothèque, retrait, 505, 8, 560, 727, 2.
remploi, 742, 760, 771, 818, 821.
rempart, 757.
rendable et jurable (fief, château), Cf. *h. v°*.
renonciation (aux bénéfices divers), 157, 186, 449, 459, 2, 469, 10, 526, 6; — à la communauté, 437, 460, 526, — à la prescription, 540; — aux successions, 449, 519, 5, 526, 593*, 625, 630*, 639, 640, 642, 679, 695, 710.
rentes, 205, 456, 475, 478, 486, 513, 2, 547, 555, 1, 562, 2, 569, 5, 578, 740, 743, 745, 871, 1; constituées, 480*, 568, 5; — foncières, 478, 745; — sur l'Hôtel de Ville, 477, 577, 3; — sur les maisons de Paris, 479, 577, 2; — personnelles, 482; — sèches, 478, 4, 479, 2; — viagères, 480, 494, 3, 558, 2; — volantes, 482.
répit, 739, 750*.
replevin, 544, 7.
répons (à Cour). Cf. voix, 539, 2, 853, 5.
représailles. Cf. dr. de marque, 220, 402, 544, 2.
représentation, représentants en mission, 399, 456, 493, 504, 592, 609, 611, 650, 657, 687, 757, 863, 869, 2; — du tuteur, 164, 167, 180.
représentation (en mat. de succession), 398, 612, 617, 650, 700.
reprise d'apport franc et quitte, 793, 813.
reprises (de la femme commune), 818 et suiv.
répudiation, 727, 728, 729, 741.
requête civile, 186, 696.
requêtes, 329.
res (*nullius*), 614.
rescision, 103, 185, 465, 501, 4, 513, 2, 771; lettres de —; 466, 637, 756, 771, 870, 2.
réserve des quatre quints, 209, 585, 608, 622, 671, 684, 686, 695, 698, 699, 2, 700, 746.
resignatio, 310, 333, 496, 4, 562, 3, 623, 7.
résolution (de la vente), 505*.
respectus, 526, 6. Cf. regards.
responsabilité à raison du fait d'autrui, 408; — de la centaine, 408.
res praestita,, 424.
restitutio in integrum, restitution (bénéfice de), 119, 464, 467.
rétention, 502, 2, 542, 544, 547, 3, 575, 3, 640.
retour, 607, 667, 693, 700, 728, 738, 745.
retrait, 505, 7, 563, 2, 604; 2, 608; — des aînés, 593, 3; — d'indivision, 636; — lignager, 208*, 564, 1, 585, 637, 2, 704; — seigneurial, 317; — successoral, 634.
rétroactivité, 616.
revendication, 200, 224, 229, 230, 1, 234, 239, 4, 350, 502, 2.
reversion, 246, 691.

révocation des donations, 505, 8, 622, 678, 687; des testaments, 664, 689.
rex Francorum, 700, 1.
rhedo. Cf. *gerade*, 699.
ribaud, 856, 1.
risques, 514, 1, 562, 1, 562, 5.
roberie, 418.
Rodung. Cf. *aprisio*.
roi, 533, 552, 9, 623, 7, 649, 667, 691, 701, 862, 2, 863, 866, 874, 1.
Roture. Cf. censive, 587, 593, 6, 598, 4, 614, 705, 735, 739, 745.
roturiers, 460, 1, 737, 738.
routes. Cf. chemins, 219, 266.
royaume (indivisibilité du), 734, 1. Cf. partages.
runes, 432.

sacramentales, 648.
sacrement, 9.
sacrilège, 414.
sagitta, 437, 648.
saisie, 250, 1, 416, 1, 426, 430, 479, 518, 550, 11, 573, 5, 576, 577; — arrêt, 549*; — brandon, 479, 2; — censuelle, 562, 2, 637, 1; — féodale, 567, 3, 637, 1; — foraine, 525, 2, 546; — gagerie, 546; — immobilière, 416, 522, 539, 6, 541*; — privée, 520, 535, 539, 543*, 766, 2; — revendication, 541, 5; — du temporel, 516, 5.
saisimentum, 250, 1.
saisine, 249, 258, 340, 563, 635, 3, 657, 669, 689, 695, 710, 738, 740; — simple, 285; — de droit, 263, 265, 4; — héréditaire, 261, 626, 778; — des rentes, 486, 1.
saia, 308, 591, 2.
salaire, 510, 6, 541.
salam, 471, 2.
saleburgiones, 496, 3.
Salies-de-Béarn, 247, 2.
Salmann, 311, 2, 494, 3, 495*, 655, 656, 683.
Satzung, 562, 2, 567, 569, 5, 579.
scael, 716.
Sceau, scel, 459, 555, 557, 3, 570, 571, 577, 663, 667.
scellés, 550, 8.
scerfa, 722, 1.
schachum, 418.
scheda, 321, 3.
Schlüsselgewalt, 765.
scotatio, 310, 1.
screix, 717, 747.
screuna, 418.
scrutinium, 225.
scultetus, *Schultheiss*, 409, 1.
secondes noces, 77, 703, 1, 2, 720, 726, 735, 1, 745, 767*.
secret professionnel, 462, 5.
secta, 529, 5.
sécularisation des biens ecclésiastiques, 862, 2; — de l'état civil, 834; — du mariage, 13, 31.
séduction. Cf. rapt, 132, 138, 5.
Seelgerat, 653, 6.
seigneur, 613, 621, 735, 751, 753, 759, 874, 1; droit du — 199; — justicier, 287.
Selbstbürgschaft, 436, 533, 2, 534.
Selbsthülfe, 227, 232, 3, 267, 270, 3.
Self-help, 428, 514.
selilani, 591, 2.
sematio, 416.
séminaires, 862, 2, 872, 1.
sénatusconsultes, Juventien, 626, 3; — Macédonien, 119, 7, 469; — Velléien, 155, 180, 1, 530, 689, 738, 3, 756 et suiv., 760, 771, 772.
senior, 596.
sénioral, 695.
seolandefa, 406.
separate estate, 753.
séparation de biens, 726, 744, 750, 753, 756, 760, 766, 775*, 793, 853, 5; — de corps, 68*, 501, 694; — d'habitation, 741; — de l'Eglise et de l'Etat, 862, 3; — des patrimoines, 419, 518, 644.
sépulture, 473, 516, 656, 687.
séquestre, 282, 550, 1.
serfs. Cf. servage, 460, 1, 512, 530, 725, 613, 660, 700, 701.
sergent, 273, 1, 518, 1, 549, 550, 555, 4.
serment, 43, 137, 188, 405, 411, 421, 425, 334, 445, 447, 469, 10, 470, 483, 504, 549, 680, 720, 729, 760; — des aubains, 840; — de calomnie. Cf. *h. v°*; — promissoire, 148*.
servitude, 205, 559, 640.
serpol, 769.
sessio triduana, 308, 2, 314, 1, 331, 2, 649.
settlement, 691, 753.

sévices, 68, 73, 6, 94.
signature, 462, 662.
signification (de cession), 486, 487, 3.
signum Crucis, 599, 2.
silvaticum, 361, 7.
Sippe (germanique), 582.
socage, 739.
société, 88, 472, 474, 506, 684; — d'acquêts, 730, 776; — commerciales, 509, 860, 864, 5, 870, 1.
sodalitas, 860.
solennités des contrats, 398, 437, 446; — du mariage, 32.
solidarité, 436, 487, 510, 529, 530, 2, 537, 4; — familiale, 4, 398, 411, 521, 612, 642, 700, 870, 1.
sommation respectueuse, 40.
Sondergut, 732, 767.
Songe du Verger, 152, 2.
sorcellerie, 407, 420, 836.
sormise, 441.
sors, 591, 2, 695.
sou et denier, 718, 1.
souche, 611, 2.
soult, 763, 777. 2, 3.
sourd, 192, 193, 469, 620.
souscription, 663.
sous-ordre, 576.
souveraineté, 300, 8.
spécialité en mat. hypothécaire, 570, 579, 869, 1.
specialty, 568, 4.
spectacles (droit sur les). Cf. théâtre, 876, 1.
spoliation, 254, 268.
spondarius, 175, 655.
sponsalitium, 716, 732, 747.
Stammgut, 604, 2, 694.
standia, 431.
status. Cf. Etats, 242, 4.
statut réel et personnel, 758, 771, 3.
stellionnat, 324, 3, 525.
stemmata cognationum, 602.
stérilité, 43, 107, 2, 726.
sterle, 764, 1.
Stiftung. Cf. fondations, 864, 4.
stipula, 412, 427, 432, 433, 439.
stipulation, 411, 434, 438, 439, 447, 452, 455; aquitienne, 505, 9; — pour autrui, 494, 2; — de propres, 679, 793.
stipulatione subnixa, 438.
striga, 418.
strudis, 537, 4.
studium. Cf. Universités, 868, 2.
subhastation, 554.
subpignus, 567.
subrogation. Cf. payement, 487, 519, 5; — en mat. d'hypothèques, 375, 487, 3, 576, 5; — personnelle, 399, 487*; — aux poursuites, 550, 11; — réelle, 210, 727, 2.
subrogé tuteur, 182.
subscriptio, 438.
substantia,, 624, 716.
substitutions fidéicommissaires, 494, 3, 559, 584, 593, 3, 616, 661, 680, 684, 4. 685, 690*; — graduelles, 690; — officieuses, 698; — vulgaires, 684, 4.
successeurs aux biens, 624.
successio in locum creditoris, 486.
succession. Cf. hérédité, famille, etc., *ab intestat*, 411, 580*, 774, 5; — en déshérence, 214; — des enfants naturels, 129-139; — entre époux, 732, 736, 758, 764, 2; — des femmes, 155, 159, 702, 3, 719, 721, 757; — futures, 631; — aux meubles et acquêts, 209; — aux propres, 209; — testamentaires, 861; au trône, 129, 4; — vacantes, 614, 626, 2.
suggestion, 708.
suicide, 420, 615, 2, 686.
suite (droit de), 200*, 567.
summarium summariisimum, 283, 5.
surannation, 555.
surcens, 478, 3.
surenchère, 560, 1, 577.
sûretés réelles, 560; personnelles, 528*.
survenance d'enfants, 664, 528.
surrender, 351.
suscription, 664.
suspension de la prescription, 304.
symboles, 309, 318, 421, 668, 681, 1, 717.
syndic, 869.

table du seigneur. Cf. mense, 558, 2.
taille d'Eglise, 774, 6.
tair, 558, 2.
talion, 229, 232, 4, 234, 1, 273, 1, 401, 410, 549.
tandono, tanodo, 716, 717, 719.
tanistry, 586, 4.
taros, 620.
taureaux, 548, 1.

taux de l'intérêt, 475*; — des rentes, 479, 481, 4.
taxe du pain, 472.
témoins. Cf. preuve. 28, 29, 105, 216, 113, 5, 150, 155, 159, 244, 308, 325, 445, 446, 456, 460, 1, 461, 2, 462, 470, 529, 5, 544, 571, 661, 663, 678, 831, 853, 858, 9; — femmes, 150, 5.
Templiers, 474.
tempus feriarum, 53.
tenancier, 219.
tenant by elegit, 553, 2; — *by entireties*, 751; — *at will*, 564, 6.
ténement de 5 ans, 297.
tenencia, 250, 1.
tentative, 403.
tenue (longue), 301.
tenure, 250, 1; — d'an et jour, Cf. an et jour, 284, 292, 295, 320, 416; — servile, 199, 582.
tenute, 250, 1, 750.
terme, 514.
terra aviatica, 592; — *salica*, 592.
terre Salique, 591, 667.
terres vacantes, vaines et vagues, 214, 591, 2. Cf. biens vacants.
tertia, 301, 4, 702, 5, 718, 3. 728, 2, 730,
testament, 81, 97, 119, 135, 495, 581, 619, 659, 665, 681, 694, 704, 705, 708, 711, 747, 750, 755, 761, 762, 853, 873, 875, 876, 3; — par acte public, 663; par commissaire, 656; — conjonctif, 664, 675, 677; — *inter liberos*, 689; — militaire, 682; — mystique, 663; — nuncupatif, 663.
testamentum, 161, 2, 177, 6, 179.
testis unus, 463, 1.
texaga, 229.
thane, 596.
Teilrecht, 768.
theoretrum, 790.
thesaurarius. Cf. trésorier.
thiansser, 531, 4, 540.
Thing, 446, 521, 1.
thingatio, 648.
thinx, 431, 647, 683.
thunginus, 428, 648.
tiercement, 560, 1.
tiers acquéreur, 221, 237, 255; — coutumier, 708, 746, 3; détenteur, 223, 228.
titre exécutoire, 546, 549, 559; — juste, 298, 303.
titres à ordre, 484, 494; — au porteur, 484, 494.
Todsatsung, 564, 7.
Todtheilung, 700.
tornodot, 749.
tour de l'échelle, 367.
tradition. Cf. aliénation, don, donation, etc., 306, 437, 459, 486, 497, 559, 563, 651, 652, 657, 658, 665, 668, 669, 676-687, 722, 1, 724, 2, 741; — *brevi manu*, 338; — *per cartam*, 315; — feinte, 262, 340, 342; — en justice, 312; publicité de la — 297, 341; — réelle, 341.
trahison, 420.
traite. Cf. lettre de change, 492.
traités, 398.
traitement, 549, 4.
transaction, 453, 499, 512.
transcription, 327, 338, 344, 573, 3, 673.
transfert de la propriété foncière. Cf. investiture, ensaisinement, aliénation, etc., 306, 314, 319, 342, 421, 434, 455, 501, 563, 568, 6, 569, 5, 662, 669.
transport de dettes. Cf. cessions, 684.
treizain, 372, 2.
trentaine, 749.
trésor, 216, 291.
trespass, 232, 3, 414, 440, 457, 627.
Treugelöbnis, 446.
Treuhand, 655.
trêve, 302, 427, 447.
trinus contractus, 476, 1.
Trinkgeld, 443.
tronc, 610.
trossellus, 722, 1.
trousseau, 769.
trust, trustee,, 691, 2, 753.
trustis. Cf. autrustion, 225, 4, 407.
tutelle, 4, 112, 159, 167, 361, 518, 2, 764; — administrative, 864, 870; conventionnelle, 177, 6; — dative, 161, 2, 165, 170, 178; — de l'enfant naturel, 133; — légitime, 121, 161, 166, 169, 176, 177, 6; — moderne, 177; — perpétuelle des femmes, 147.
tuteur, 496, 4, 655, 656, 658; — des morts, 652.

unio prolium, 146, 768.
union des créanciers, 518, 519.

union de biens, 761.
universitas. Cf. personnes morales, 859, 864, 865, 1, 868; — *personarum*, 864, 4; — *rerum*, 873, 874, 3.
Universités, 861, 4, 872, 1 ; d'Orléans, 868, 2,
usages. Cf. coutumes.
usucapion, 291. Cf. prescription.
use, 351, 494, 1, 713, 753.
usufruit, 241, 651, 652, 610, 676, 728, 738, 744, 5, 747, 748; — légal, 675, 676; — marital, 764, 770.
usure. Cf. prêt à intérêt, 420, 425, 465, 5, 472, 481, 481, 4, 519, 564, 615, 5.
usures palliées, 475.
utérins (parents), 611.
utlagalus. Cf. *outlaw*, 414, 853, 3.

vadimonium, 424, 432, 435, 528, 4, 540, 6.
valet, 839.
vapnatak, 648, 1.
vassal, 497, 3, 530, 563, 2, 601, 660, 864, 5.
vegius, *veius*, 225, 4.
vendella. Cf. *faida*, guerres privées, 401.
vengeance privée, 221, 238, 401, 515, 521, 531, 587, 2, 610, 2, 641, 3.
vente, 437, 441, 471, 2, 472, 500, 553, 575, 633, 635, 667, 671, 680, 685, 687; — d'enfants nouveau-nés, 107, 3; — judiciaire, 501, 4, 576; — à réméré, 560*; — à terme, 575, 2.
verchère, 770, 1.
Verfangenschaft, 728, 2, 733, 741, 764, 767.
verges, 401, 409, 433.
vesiau. Cf. *vicini*, 151, 247, 2, 372, 2.
vest, 317, 324, 669. Cf. nantissement, tranfert de propriété, etc.
vestigium minare, 225, 419.
vestitura, 308, 313.
vesture, 330. Cf. possession, investiture, etc.
vêtement, etc., 550, 5.
vêture, 851.
veuf. Cf. courtoisie, 79, 727, 734. 764.
veuve. Cf. douaire, 77, 593, 4, 595, 632, 4. 595, 632, 7, 654, 702, 705, 718, 2, 720, 722, 726, 730, 731, 734, 738*, 764, 777.
viabilité, 620.
via lacina, 406. Cf. *lacina*.
vices cachés, 501 ; — du consentement, 469.
vicini. Cf. voisins, 151, 582, 587, 1, 589, 592-610, 2, 649.
victuale, 690.
vidame, 497, 3.
viduelle, 750.
vieillesse, 618, 686.
viguier, 747, 4.
villae, 724.
village, communauté de — , 582.
villes bateices. Cf. h. v°.
vimaire, 514, 1.
vin du marché, 443.
viol, 37, 3, 418.
violence, 449, 469; — mariage, 36; — possession, 269.
virga (femme *sub*), 93, 4, 750.
virginité, 720. Cf. célibat.
virile, 748.
visio terrae, 239.
vivelotte, 732.
vitale, 686.
vitalitium, 483, 5.
vœux. Cf. religieux, 21, 50, 7, 53, 116, 4, 653.
voie parée, 555, 5.
voies d'exécution, 513; — de fait, 545, 555, 4; — publiques, 219.
voix, 151, 6.
vol, 225, 231, 402, 406, 407, 410, 418, 425, 503, 6, 541, 642; — du chapon, 591, 2, 598.
vouchee, 350. Cf. garant.

wadiatio, 424, 427*, 431.
wadium, wage. Cf. gage, 434, 442, 522, 1, 528, 3, 533, 540, 543, 655.
walf, 695.
wara, 864, 2.
warantus, 250, 1, 501.
warèchaix, 214, 5.
wargangus, 836.
warpitio. Cf. werp, *werpire*, 310.
Wartrecht, 700.
watschar, 686, 700.
Weichbild, 295, 3.
Weistûmer, 436.
Were, 596, 2, 700, 1.
Wergeld, 149, 3, 521, 549, 587, 2, 610, 2, 641, 3, 718, 2, 725.

werpitio, 309.
Welte, 427, 716.
Widerlage, 747.
Widerlegung, 764.
wifa, 552, 7.
Wildfang, 836, 3 et suiv.
will, 659, 2.
wirdira, Cf. *dilatura*, 229, 6.
Wisigoths, 777.
willemon, 716.
Witthum. 716, 732, 764.
Writs. Cf. brefs, 760, 2 ; — *of entry*, 270 ; — *of quibus*, 270 ; — *of trespass*, 267, 4.

Xenodochia, 875.

TABLE DES MATIÈRES

HISTOIRE DU DROIT PRIVÉ

Evolution générale..... p. 1

Chapitre premier. — La famille ..... p. 3-197

1. Notions générales, p. 3. — 2. La parenté, p. 4. — 3. La maison, p. 5.

§ 1. Le mariage. Législation et juridiction. — 1. Le mariage après les invasions, p. 7. — 2. L'Eglise et le mariage religieux, p. 8. — 3. Le mariage civil, p. 10. — 4. Législation et jurisprudence à l'époque monarchique, p. 12. — 5. Le droit révolutionnaire, p. 13.

§ 2. Fiançailles. — 1. Epoque barbare, p. 14. — 2. Effets des fiançailles, p. 18. — 3. Droit canon, p. 19. — 4. Promesses de mariage (depuis le Concile de Trente), p. 20. — 5. Obligations qui en résultent, p. 21.

§ 3. Célébration du mariage. — 1. Avant le Concile de Trente, p. 22. — 2. Concile de Trente, p. 28. — 3. Législation séculière, p. 29. — 4. Mariage des protestants, p 30. — 5. Droit révolutionnaire, p. 31.

§ 4. Empêchements au mariage. — 1. Conditions de fond, p. 33. — 2. Division des empêchements, p. 34. — 3. Empêchements dirimants. Absence ou vices du consentement, p. 34. — 4. Consentement des parents, p. 37. — 4 *bis*. Consentement du roi, du seigneur, p. 41. — 5. Incapacité (impuberté, impuissance), p. 42. — 6. Parenté, p. 45 — 7. Calcul de la parenté, p. 47. — 8. Parenté civile, spirituelle, alliance, p. 48. — 9. Incompatibilités (bigamie, etc.), p. 50. — 10. Empêchements prohibitifs, p. 53. — 11. Oppositions au mariage, p. 53. — 12. Dispenses, p. 54. — 13. Nullités de mariage, p. 56. — 14. Mariages secrets, *in extremis*, p. 58. — 15. Réhabilitation, mariages putatifs, p. 58.

§ 5. Effets du mariage. — 1. Conséquences juridiques, p. 59. — 2. Adultère de la femme, p. 60. — 3. *Id.*, p. 61. — 4. Adultère du mari, p. 64.

§ 6. Dissolution du mariage. — 1. Mort, p. 64. — 2. Divorce, p. 64. — 3. *Id.*, p. 65 — 4. *Id.*, p. 66. — 5. Séparation de corps, p. 68. — 6. Jurisprudence des Parlements, p. 69. — 7. La Réforme, p. 69. — 8. Philosophes du dix-huitième siècle, p. 71. — 9. Lois révolutionnaires, p. 72.

§ 7. Secondes noces. — 1. Droit barbare, p. 77. — 2. *Reipus*, p. 77. — 3. *Achasius*, p. 78. — 4. Droit canon, p. 79. — 5. Protection des enfants du premier lit, p. 80.

§ 8. Unions autres que le mariage. — 1. Libres et esclaves, p. 83. — 2. Concubinat, p. 84. — 3. Mariage morganatique, p. 85.

§ 9. Puissance maritale. — 1. Fondement, p. 87. — 2. *Mundium* germanique, p. 91. — 3. Droit de correction, p. 92. — 4. Autorisation maritale, p. 95. — 5. Incapacité de la femme mariée, p. 96. — 6. Autorisation maritale, p. 98. — 7. Autorisation supplétoire de la justice, p. 99. — 8. Femme séparée de biens, p. 101. — 9. Effets de l'autorisation, p. 102. — 10. Défaut d'autorisation, p. 102.

§ 10. Puissance paternelle. — 1. Sources, p. 103. — 2. *Mundium* germanique, p. 105. — 3. Cf. *patria potestas*, p. 108. — 4. Transformation du *mundium*, p. 110. — 5. La mainbournie coutumière, p. 112. — 6. Droits sur la personne. Correction, p. 113. — 7. Devoirs des parents, p. 115. — 8. Droits sur les biens, p. 116. — 9. Capacité de l'enfant en puissance, p. 118. — 10. Droit de la mère, p. 120. — 11. Emancipation, p. 121. — 12. Droit révolutionnaire, p. 125.

§ 11. Enfants nés hors mariage. — 1. Droit germanique, p. 127. — 2. Idées chrétiennes, p. 130. — 3. Droit de l'époque monarchique, p. 133. — 4. Droit de bâtardise, p. 133. — 5. Preuve de la filiation naturelle, p. 136. — 6. Droit révolutionnaire, p. 138. — 7. Légitimation, p. 140.

§ 12. Adoption. — 1. Adoption, p. 144. — 2. *Id.*, p. 145. — 3. *Id.*, p. 146. — 4. Fraternisation, p. 146. — 5. Affiliation, p. 146.

§ 13. Condition des femmes. — 1. Ancien droit germanique, p. 147. — 2. Droit public, p. 149. — 3. Condition privée, p. 151. — 4. Droit allemand, p. 154. — 5. France féodale, p. 155. — 6. Sénatusconsulte Velléien, p. 155. — 7. Révolution, p. 158.

§ 14. Tutelle et curatelle. — 1. Les mineurs à l'époque barbare, p. 159. — 2. Suspension des actions, p. 163. — 3. Intervention de l'Etat, p. 165. — 4. Droit féodal, p. 165. — 5. Garde seigneuriale, p. 167. — 6. Bail des fiefs, p. 169. — 7. Garde noble, p. 172. — 8. Garde roturière, p. 175. — 9. Garde bourgeoise, p. 176. — 10. Tutelle moderne, p. 177. — 11. Toutes tutelles sont datives, p. 178. — 12. Pouvoirs du tuteur, p. 180. — 13. Garanties dans l'intérêt du mineur, p. 181. — 14. Révolution, p. 183. — 15. Capacité du mineur, p. 184. — 16. Majorité, p. 188. — 17. *Id.*, p. 189. — 18. *Id.*, p. 190. — 19. Emancipation, p. 191. — 20. Droit écrit, p. 192. — 21. Majeurs incapables, p. 192. — 22. *Id.*, p. 194. — 23. *Id.*, p. 195. — 24. Curatelle, p. 196.

CHAPITRE II. — La propriété et les droits réels..... p. 198-396

§ 1. Division des biens. — 1. Généralités, p. 198. — 2. Meubles et immeubles, p. 199. — 3. Bases de cette division, son extension, p. 200. — 4. Meubles et catteux, p. 201. — 5. Héritages, p. 202. — 6. Propres et acquêts, p. 206. — 7. L'aliénation entre vifs du propre, p. 207. — 8. Testament, réserve, p. 209. — 9. Succession *ab intestat*, p. 209. — 10. Propres de communauté, p. 210. — 11. Propres de succession réels ou fictifs, p. 210. — 12. Preuve, p. 211. — 13. Choses hors du commerce. Régales, p. 211. — 14. Régale du sol. Biens vacants, p. 214. — 15. Expropriation, p. 215. — 16. Confiscation, p. 215. — 17. Propriété ennemie, p. 215. — 18. Régale des mines, p. 216. — 19. Trésor, p. 216. — 20. Epaves, p. 217. — 21. Régale des forêts, p. 218. — 22. Régale des eaux, p. 219.

§ 2. Régime de la propriété mobilière. — 1. *Mobilia non habent sequelam*, p. 220. — 2. Epoque barbare, p. 221. — 3. Dessaisissement volontaire. p. 221. — 4. Perte ou vol, p. 225. — 5. Vol non flagrant, p. 226. — 6. Action de vol, p. 228. — 7. Epoque féodale, dessaisissement volontaire, p. 229. — 8. Perte ou vol, p. 231. — 9. Indemnité, p. 233. — 10. Réforme dans le sens romain, p. 234. — 11. Jurisprudence du dix-huitième siècle, p. 236.

§ 3. Propriété foncière. — 1. Droits réels et personnels, p. 238. — 2. Actions réelles et personnelles, p. 239. — 3. *Jus ad rem*, p. 241. — 4. Propriété féodale, p. 242. — 5. Restrictions au droit de propriété, p. 243. — 6. Liberté de se clore, p. 244. — 7. Bornage, p. 244. — 8. Propriété limitée, p. 244. — 9. Copropriété avec indivision, p. 245. — 10. Communauté à mains unies, p. 245. — 11. Propriété incorporelle, p. 248.

§ 4. Possession. — 1. Généralités, p. 249. — 2. Droit canon, p. 251. — 3. *Remedium spolii*, p. 252. — 4. *Id.*, p. 254. — 5. Époque franque, p. 255. — 6. Époque féodale, p. 256. — 7. Saisine, p. 258. — 8. Acquisition de la saisine, p. 260. — 9. Saisine de droit, p. 262. — 10. Possession annale, p. 264. — 11. Actions possessoires. Droit anglo-normand, p. 266. — 12. *Querela novae dissaisinae*, p. 267. — 13. Querelle de bref d'ancesseur, p. 270. — 14. Clameur de haro, p. 271. — 15. Action possessoire dans le droit coutumier, p. 274. — 16. Beaumanoir, p. 275. — 17. Quatorzième et quinzième siècle, p. 276. — 18. Complainte en cas de saisine et nouvelleté, p. 279. — 19. *Id.*, p. 281. — 20. An et jour, p. 283. — 21. Action de simple saisine, p. 285. — 22. Dénonciation de nouvel œuvre, p. 286.

§ 5. Acquisition de la propriété immobilière. Occupation. Prescription. — 1. Modes d'acquérir, p. 287. — 2. Occupation, p. 288. — 3. Prescription, p. 291. — 4. An et jour, p. 292. — 5. *Rechte Gewere*, p. 294. — 6. Tenure d'an et jour, p. 295. — 7. Tènement de cinq ans, p. 297. — 8. Bonne foi, p. 298. — 9. Possession immémoriale, p 300. — 10. Prescriptions romaines, p. 301. — 11. Seizième siècle, p. 302.

§ 6. Acquisition de la propriété immobilière. Tradition. — 1. Transfert conventionnel, p. 306. — 2. Droit franc, p. 307. — 3. Investiture réelle, p 307. — 4. Tradition symbolique, p. 308. — 5. Tradition en justice, p. 311. — 6. Mise en possession de fait, p. 313. — 7. Effets juridiques de ces actes, p. 314. — 8. Tradition *per cartam*, p. 315. — 9. Droit féodal, p. 316. — 10. Fiefs et censives, p. 316. — 11. *Id.*, p. 319. — 12. Alleux, p. 320. — 13. Droit de l'époque monarchique, p. 323. — 14. Coutumes de nantissement, p. 323. — 15. Œuvres de loi, p. 324. — 16. *Id.*, p. 325. — 17. Leurs effets, p. 326. — 18. Réformes, p. 326. — 19. Appropriances par bannies, p. 327. — 20. Vesture et prise de ban à Metz, p. 330. — 21. Droit allemand, p. 332. — 22. Droit commun des Coutumes françaises, p. 335. — 23. Tradition feinte, p. 335. — 24. *Id.*, p. 339. — 25. *Id.*, p. 340. — 26. *Id.*, p. 341. — 27. Droit anglais, *Feoffment with livery of seisin*, p. 346. — *Lease and release*, p. 347. — *Fine*, p. 348. — Communs recouvrements, p. 349. — Copyholds, Uses, p. 351.

§ 7. Droits réels et charges foncières. — 1. Multiplicité des droits réels, p. 354. — 2. Baux à long terme, p. 356. — 3. Libre tenure urbaine, p. 358. — 4. Rentes foncières, p. 359. — 5. Droits d'usage, p. 360. — 6. Usufruit, p. 361. — 7. Droit du bénéficier sur le bénéfice ecclésiastique, p. 363. — 8. Servitudes réelles, p. 364.

§ 8. Restrictions à la liberté d'aliéner entre vifs. Retraits. — 1. Liberté de disposer entre vifs des immeubles, p. 369. — 2. Retraits, p. 370. — 3. Leurs inconvénients, p. 374. — 4. Retraits du Code civil et actions en subrogation, p. 375. — 5. Retrait lignager, p. 378. — 6. Consentement des parents à l'aliénation, p. 381. — 7. Offre au proisme, p. 383. — 8. Retrait, p. 385. — 9. Conditions du retrait, p. 388. — 10. *Id.*, p. 388. — 11. *Id.*, p. 389. — 12. *Id.*, p. 391. — 13. Retrait de mi-denier, p. 391. — 14. Procédure du retrait, p. 391. — 15. Effets du retrait, p. 395.

CHAPITRE III. — Obligations..... p. 397-579

§ 1. Notions générales. — 1. Nombre et importance des obligations conventionnelles dans le droit moderne, p. 397. — 2. Caractères de l'obligation dans l'ancien droit, p. 398. — 3. *Id.* droit moderne, p. 399.

§ 2. Délits. — 1. Délits publics et privés, p. 400. — 2. Délits de famille à famille, p. 401. — 3: Caractères du délit, p. 402. — 4. Intention criminelle, p. 405. — 5. Responsabilité à raison du fait d'autrui, dommages causés par les animaux et les choses inanimées, p. 407. — 6. Composition pécuniaire, p. 410. — 7. Solidarité familiale, p. 411. — 8. Dommages-intérêts, p. 412. — 9. Mise hors la loi et ses démembrements, p. 414. — 10. Délits en particulier, p. 417.

§ 3. Contrats. Epoque franque. — 1. Le simple consentement n'oblige pas, p. 420. — 2. Contrats réels, p. 424. — 3. Contrat formel. *Fides Facta*, p. 427. — 4. Formes et cas d'application, p. 430. — 5. *Festuca*, p. 432. — 6. *Wadium*, p. 434. — 7. Garantie, p. 435. — 8. Conséquences du formalisme, p. 436. — 9. Formation des contrats par l'écriture, p. 437.

§ 4. Contrats. Epoque féodale. — 1. Persistance du droit franc, p. 440. — 2. Contrats *re*, p. 440. — 3. Arrhes, denier à Dieu, vin du marché, p. 441. — 4. Fiance, paumée, p. 445. — 5. Serment promissoire, p. 447. — 6. *Solus consensus obligat*, p. 452. — 7. Droit anglais, p. 456. — 8. Obligations par lettres et preuve littérale, p. 457.

§ 5. Nullité des contrats. — 1. Nullité des contrats, p. 464. — 2. Origine, p. 464. — 3. Nullité et rescision, p. 465. — 4. Nullité absolue, p. 467. — 5. Nullité relative, p. 468. — 6. Rescision, p. 469.

§ 6. Quelques contrats. — 1. Prêt à intérêt, p. 470. — 2. Constitution de rente, rentes foncières, constituées, viagères, p. 478. — 3. Cession des créances, incessibilité, transport, payement avec subrogation, titres au porteur et à ordre, lettre de change, p. 483. — 4. Mandat et représentation, *Salmannen*, représentation en justice, p. 493. — 5. Vente, promesses de vente, effets, garantie, résolution de la vente, p. 500. — 6. Sociétés civiles et commerciales, communautés taisibles, commandite, compagnies, p. 506. — 7. Contrats divers, p. 511.

§ 7. Voies d'exécution sur la personne et sûretés personnelles. — 1. Exécution volontaire, prescription, compensation, reconvention, dommages-intérêts, p. 513. — 2. Exécution forcée, arrêt du cadavre, déconfiture, faillite, banqueroute, p. 515. — 3. Exécution sur la personne, *Selbsthülfe*, p. 520. — 4. Intervention de la justice, p. 520. — 5. Contrainte par corps, p. 523. — 6. Cession de biens, p. 526. — 7. Cautionnement, p. 528. — 8. Otage, p. 531. — 9. Fidéjussion ou plégerie, p. 532. — 10. Cautionnement moderne, p. 537.

§ 8. Exécution sur les biens et sûretés réelles. — 1. Les meubles sont le siège des dettes, p. 539. — 2. Gage mobilier conventionnel, p. 540. — 3. Saisie privée des meubles, p. 543. — 4. Gage judiciaire, p. 548. — 5. Exécution sur les immeubles, origine de la saisie immobilière, p. 541. — 6. La saisie réelle et la procédure d'ordre, titre exécutoire, saisie proprement dite, criées et adjudication, ordre, p. 554. — 7. Nantissement immobilier, p. 560. — 8. Contrat pignoratif ou vente à réméré, p. 561. — 9. Engagement, p. 563. — 10. Obligation, p. 566. — 11. Constitution de l'hypothèque, pays de nantissement, p. 569. — 12. Droit commun coutumier, acte notarié, p. 570. — 13. Hypothèque générale résultant de tout acte notarié, p. 573. — 14. Hypothèque judiciaire, p. 573. — 15. Hypothèques tacites, p. 575. — 16. Effets de l'hypothèque, p. 576. — 17. Purge, p. 577. — 18. Droit révolutionnaire, p. 578.

CHAPITRE IV. — Successions *ab intestat* et dispositions à titre gratuit. p. 580-713

Notions générales. — 1. Préférence de la succession *ab intestat*, p. 580. — 2. Divers ordres de succession, p. 582. — 3. Pluralité de successions, p. 582. — 4. Pays de droit écrit, p. 583. — 5. Réserve et légitime, p. 583. — 6. Dispositions à titre gratuit, p. 584.

§ 1. Successions *ab intestat*. — Divers ordres d'héritiers. — 1. Maison et lignage, p. 586. — 2. Descendants, p. 588. — 3. Privilège de masculinité, p. 588. — 4. Droit d'aînesse, p. 595. — 5. Absence de représentation, p. 600. — 6. Le lignage (ascendants et collatéraux), p. 601. — 7. Succession aux propres, p. 604. — 8. Ascendants. Propres ne remontent. Retour légal, p. 605. — 9. Collatéraux, p. 609. — 10. Conjoint survivant, p. 613. — 11. Successions irrégulières, p. 614. — 12. Droit révolutionnaire, p. 616.

§ 2. Acquisition de l'hérédité et ses suites. — 1. Ouverture de la succession, p. 619. — 2. Incapacité de succéder, p. 620. — 3. Exhérédation, p. 621. — 4. Indignité, p. 623. — 5. Rôle de l'héritier, p. 623. — 6. Acquisition de l'hérédité, p. 625. — 7. Saisine héréditaire, p. 626. — 8. Acceptation et répudiation, p. 630. — 9. Partage entre cohéritiers, p. 632. — 10. Rapports à succession, p. 637. — 11. Payement des dettes, p. 640. — 12. Séparation des patrimoines, p. 644.

§ 3. Dispositions testamentaires. — 1. Ni testament, ni dispositions à cause de mort, p. 645. — 2. Thinx et affatomie, p. 647. — 3. Pactes successoraux, p. 651. — 4. Dispositions *pro anima* et part du mort, p. 652. — 5. Exécuteurs testamentaires, p. 654. — 6. Testament (capacité, institution d'héritier, formes, révocation), p. 659.

§ 4. Donations entre vifs et à cause de mort. — 1. Liberté de donner entre vifs, p. 666. — 2. Donations à l'époque barbare, p. 666. — 3. Donner et retenir ne vaut, p. 668. — 4. Formalités, p. 671. — 5. Incapacités de disposer et de recevoir. Donations entre époux, p. 674. — 6. Don mutuel, p. 675. — 7. Révocation des donations, p. 677. — 8. Donation à cause de mort, p. 678.

§ 5. Pactes successoraux. — 1. Pactes sur successions futures, p. 679. — 2. Renonciations à successions futures, p. 679. — 3. Institution contractuelle, p. 681. — 4. Démission de biens, p. 686. — 5. Partage d'ascendants, p. 689. — 6. Substitutions fidéicommissaires, p. 690.

§ 6. Réserve et légitime. — 1. Droit barbare, p. 698. — 2. Droit féodal et coutumier. Réserve des 4 quints, p. 702. — 3. Légitime de droit, p. 707. — 4. A quel titre recueillait-on la légitime? p. 709. — 5. La Révolution et le Code civil, p. 711.

CHAPITRE V. — Le régime de biens entre époux.... p. 715-718

§ 1. Époque franque. — 1. Régime du *mundium* marital, p. 715. — 2. *Pretium nuptiale* ou dot germanique, p. 716. — 3. Don du matin ou *Morgengab*, p. 720. — 4. Dot romaine, *faderfium*, *maritagium*, p. 721. — 5. Droits du mari pendant le mariage, p. 722. — 6. Dissolution du mariage, p. 725. — 7. Droit de la femme sur les conquêts, p. 729. — 8. Droit postérieur, p. 731.

§ 2. Le douaire et les gains de survie. — 1. Douaire, p. 731. — 2. Ses conditions d'existence, p. 736. — 3. Droits de la femme sur le douaire, p. 741. — — 4. Douaire des enfants, p. 745. — 5. Augment de dot, p. 747. — 6. Bagues et joyaux, p. 748. — 7. Contre-augment, p. 749. — 8. Deuil et habitation, p. 749.

§ 3. Régime sans communauté. — 1. Régime anglais (*Common law*, Cours d'équité, Act de 1882), p. 750. — 2. Régime normand (mariage avenant, bref de mariage encombré, don mobil), p. 753. — 3. Régime allemand de communauté d'administration (*Sondergut*, *Verfangenschaft*, *Theilrecht*, *Einkindschaft*), p. 761. — 4. Régime dotal romain, paraphernaux, inaliénabilité de la dot, hypothèque de la femme, séparation de biens, comparaison entre la communauté et le régime dotal, p. 769.

§ 4. Communauté de biens entre époux. — 1. Origine, p. 779. — 2. Date, p. 783. — 3. Causes, p. 785. — 4. Diverses formes : communauté universelle, communauté d'acquêts, communauté de meubles et d'acquêts, p. 790. — 5. Liberté des conventions matrimoniales, p. 792. — 6. Composition de la communauté, actif (propres, conquêts, réalisation, ameublissement), p. 795. — 7. Passif, p. 797. — 8. Administration de la communauté, p. 801. — 9. Rôle de la femme, p. 804. — 10. Administration des propres de la femme, p. 806. — 11. Dissolution de la communauté, p. 807. — 12. Continuation de la communauté, p. 808. — 13. Séparation de biens judiciaire, p. 811. — 14. Droit pour la femme de renoncer, p. 813. — 15. Opérations préalables au partage, remplois, récompenses, p. 818. — 16. Partage de l'actif, p. 825. — 17. Passif, bénéfice d'émolument, p. 828. — 18. Hypothèque de la femme mariée, p. 829.

CHAPITRE VI. — Etat et capacité des personnes.... p. 831-877

§ 1. Actes de l'état civil. — 1. Preuves de l'état civil dans le très ancien droit, p. 831. — 2. Actes de l'état religieux, p. 832. — 3. Actes de l'état civil, p. 833. — 4. Leur sécularisation, p. 834.

§ 2. Incapables. — 1. Etat et capacité des personnes, p. 835. — 2. Etrangers ou aubains (droit barbare et droit féodal, domanialité du droit d'aubaine, nationalité, droit d'aubaine *sensu lato*, comment il disparut), p. 835. — 3. Morts civils, p. 850. — 4. Profession religieuse, p. 850. — 5. Mort civile pénale, infâmes, p. 852. — 6. Lépreux et cagots, p. 857.

§ 3. Personnes morales. — 1. Corps politiques (Etat, Eglise, villes), p. 859. — 2. Corporations (corps et communautés, gens de mainmorte), p. 864. — 3. Fondations, *piae causae*, p. 872.

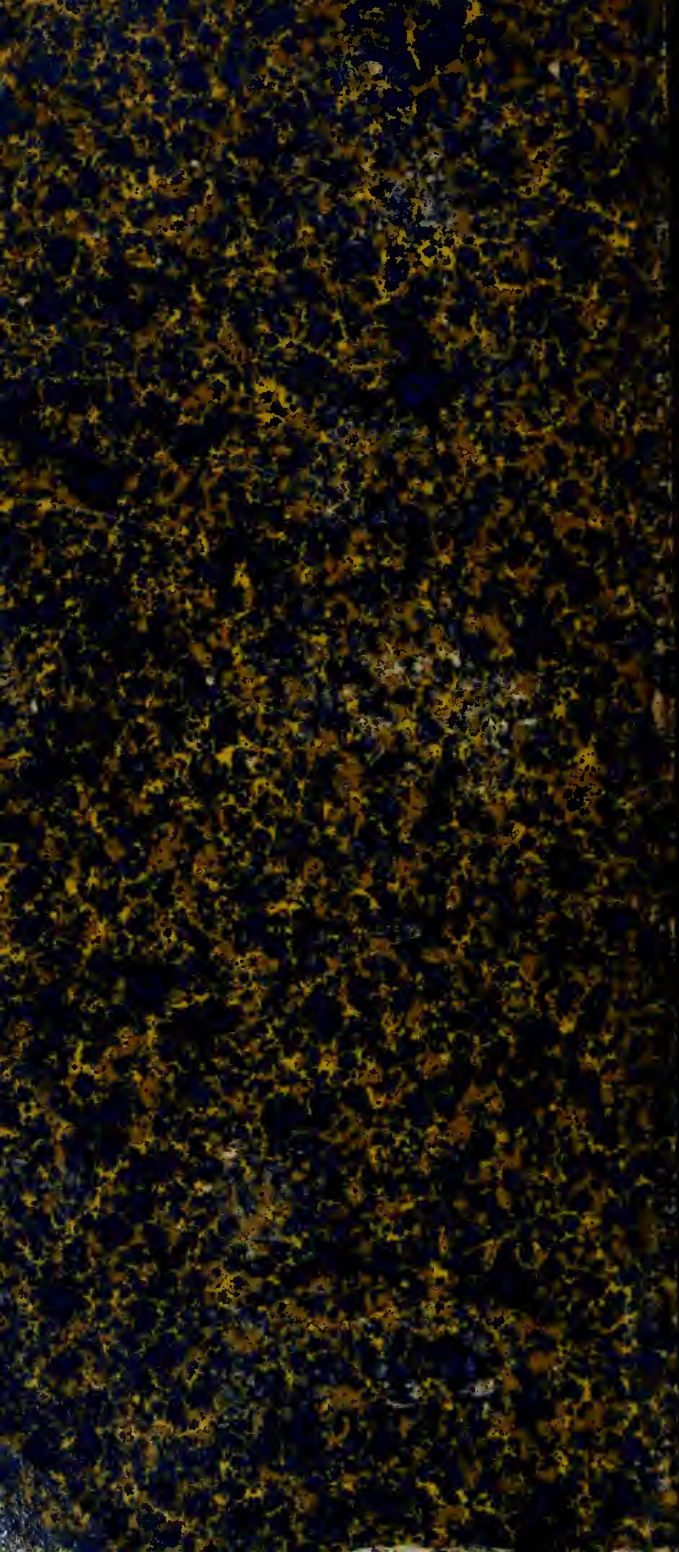
LISTE DES ANCIENS JURISCONSULTES..... p. 879-883

INDEX ALPHABÉTIQUE..... p. 885-909

TABLE DES MATIÈRES..... p. 911-916

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES.

TOULOUSE. — IMP. LAGARDE ET SEBILLE, RUE ROMIGUIÈRES, 2.

KJV 336 .B7 1908 IMS
Brissaud, Jean,
Manuel d'histoire du droit
prive

PONTIFICAL INSTITUTE
OF MEDIAEVAL STUDIES
59 QUEEN'S PARK
TORONTO 5, CANADA